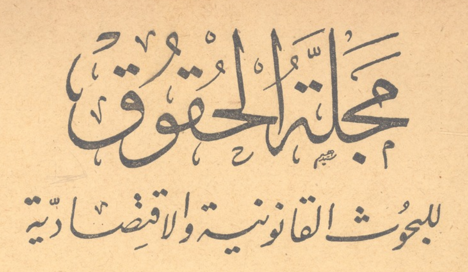


مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

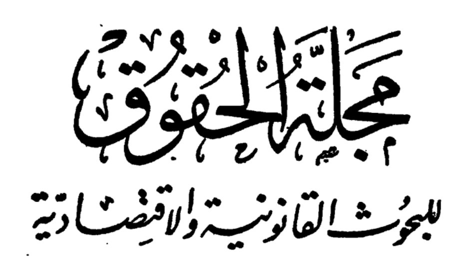
السنة السابعة (١٩٥٦ - ١٩٥٧)

العددان الأول والثانى

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٥٨

لجنة التحرير



للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكى عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور حسين فهمى

السنة السابعة (١٩٥٦ - ١٩٥٧)

العددان الأول والثانى

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٥٧

فهرس

صفحة

١ — تسبيب الأحكام ٣
(للأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا)

٢ — نظام الأموال بين الزوجين ٩٩
(للأستاذ الدكتور حسن بغدادى)

٣ — دائرة فحص الطعون بمحكمة النقض ٢٥٥
(الدكتور عبد الوهاب العشماوى المحامى)

نقد الكتب

٤ — كتاب اغاثة الأمة بكشف الغمة ٢٨٩
(للأستاذ الدكتور حسين فهمى)

٥ — أساس القانون الادارى ونطاق تطبيقه ٢٩٥
(للأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا)

٦ — التعليق على الأحكام ٣٢٥
(للدكتور على البارودى)

السنة السابعة

وهذه سنة جديدة تستفتحها المجلة وهى تسير على الخطة التى استنتها منذ انشائها، فى سبيل ارساء دعائم العلوم القانونية والاقتصادية على أسس وطيدة، مع التعمق فى البحث والاستقصاء، شأن الأساتذة الذين يسهمون فى اصدارها، ولا يألون جهدا فى الوصول بها إلى الكمال .

والبلاد تمر الآن فى مرحلة من مراحل تطورها المجيد ، ففى أواخر القرن التاسع عشر. منذ بدأت القومية العربية تسطر أولى صفحاتها فى سجل الأحداث، لم تحز حركة العروبة انتصارا أروع أو ألمع من توحيد القطرين الشقيقين مصر وسوريا فى الجمهورية العربية المتحدة . وهذا ولا شك مدخل لفصل جديد ، يعتقد الراصدون السياسيون ، وبحق ، أنه سيغير مجرى التاريخ فى هذا الجزء من العالم . وقد استتبع ذلك أن بدأت حركة لتوحيد التشريعات والأنظمة القضائية فى كلا القطرين. بل ولتنسيق نظام التدريس فى كليات الحقوق بهما، الأمر الذى سوف يلقى على رجال القانون فى القطرين عبءاً لاشك أنهم مضطلعون به على أحسن حال .

والحركة التشريعية فى البلاد تمر الآن فى أوجها، فقد أمتدت يد الاصلاح إلى مختلف النواحى كبيرها وصغيرها . والتشريع آلة الاصلاح ، وعلى الأساتذة وغيرهم من رجال الفقه ، أن يفسروا هذه التشريعات المتعددة عن طريق استخلاص الأصول وضبطها ، مع مراعاة الاعتبارات العملية الملابسة، وعندئذ لن تقتصر مهمتهم على التفسير فحسب، بل لعلهم أن يخلقوا قواعد قانونية جديدة عن طريق القياس والابتداع . فان المشرع مهما أوتى من الحكمة ونفاذ البصيرة لايلم بجميع الاعتبارات العملية التى قد توائم التطبيق، والحياة سريعة التطور فى ميادينها الاقتصادية والاجتماعية ، والتنبؤ النظرى له حدود لا يتجاوزها .

وعلى هذا النهج ووفقا لهذه السنة تسير مجلة الحقوق قدما فى سبيل تحقيق رسالتها والله الهادى الى سواء السبيل .

تسبيب الأحكام

للأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا

١ — أهمية تسبيب الأحكام[1] :

لعل تسبيب الحكم هو أشق المهمات الملقاة على عاتق القاضى ، لأن كتابته وأسبابه تتطلب منه فضلا عن اقتناعه هو بما اختاره من قضاء — أن يقنع به أصحاب الشأن وكل من يطلع على حكمه بقصد مراقبته .

ويقصد بضمانة تسبيب الأحكام :

١ — التحقق من أن القاضى قد اطلع على كل وقائع القضية وجميع المستندات والأوراق المقدمة فيها واتصل علمه بجميع ما أبداه الخصوم من طلبات ودفوع .

٢ — التحقق من أن القاضى قد استخلص الوقائع الصحيحة فى الدعوى من واقع اثبات يجيزه المشرع . تم صحيحا فى مواجهة أصحاب الشأن ، أو من واقع الأوراق المقدمة فيها والأدلة بحسب قوتها التى يمنحها اياها القانون الموضوعى .

٣ — التحقق من أن القاضى قد فهم ما أحاط بالدعوى من مسائل قانونية وأنه قد كيفها التكييف الصحيح بعد التحقق من توافر شروطه ، وأنه قد أرسى عليها الآثار القانونية الصحيحة .

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع جلاسون وتسيه وموريل ٣ رقم ٧٤٤ وما يليه ، La cour de cassation - Faye — وانظر تحت عبارة jugement ربرتوار دالوز ، وربرتوار دالوز العمل ، وربرتوار دالوز الجديد سنة ١٩٥٠ ، وربرتوار دالوز للمرافعات الصادر سنة ١٩٥٦ رقم ٢٣٠ وما يليه ص ١٧٩ وما يليها ، وجارسونيه وسيزاربرو الجزء الثالث ، وموريل طبعة ٢ ، ٣ سنة ١٩٤٩ ، و Bonnier فى " Eléments d'organisation judiciaire et de procédure civile " ، و Marty فى كتابه " La distinction du fait et du droit " ، وكتاب النقض فى المواد المدنية والتجارية للاستاذ حامد فهمى ، وتعليقات دالوز على المادة ١٤١ من قانون المرافعات الفرنسي .

والقضاء المسبب هو مظهر قيام القاضى بما عليه من واجب تدقيق البحث وامعان النظر لتعرف الحقيقة التى تشف عنها أحكامه ، وبه وحده يسلم من مظنة التحكم والاستبداد ، ويرتفع عنه الشك والريب والشبهات .

والقضاء المسبب يضفى الاطمئنان الى نفوس المتقاضين .

والقضاء المسبب يمكّن المحكمة الاستئنافية من تقدير الأحكام المطعون فيها ، ويمكّن محكمة النقض من مراقبتها حتى تشرف على تطبيق القانون وتقرير القواعد القانونية الصحيحة فيما يختلف فيه من المسائل وتثبت القضاء بصددها [1] .

وللاعتبارات المتقدمة نص المشرع على أن الأحكام تكون باطلة اذا لم تشتمل على الأسباب التى بنيت عليها (م ٣٤٧) .

والحكم الباطل يحصل التظلم منه بطرق الطعن الجائزة قانونا ، كما يجوز استئنافه على سبيل الاستثناء عملا بالمادة ٣٩٦ ولو كان انتهائيا ، ويجوز الطعن فيه بالنقض اذا كان صادرا من محكمة الاستئناف (م ٤٢٥) .

واذا اعتمد الحكم فى الموضوع على حكم غير مسبب اعتبر مبنيا على اجراء باطل وفق الدراسة التفصيلية التى سوف نراها فيما بعد ، ويكون قابلا للالغاء على الرغم من أنه يعد صحيحا سليما فى ذاته .

المبحث الأول

ضوابط تسبيب الأحكام

٢ — القواعد الأساسية فى التسبيب [2] :

١ — سرد وقائع الدعوى .

---

(١) فى عهد القانون الفرنسى القديم كانت الأحكام تصدر غير مسببة ، وقد ترتب على ذلك عدم تكوين قضاء مستقر فى نواحى القانون المختلفة (جلاسون ٢ رقم ٧٤٤) .

(٢) يقصد بالأحكام فى هذا المقام تلك التى تصدر من محكمة تتبع جهة قضائية ، بما لها من سلطة قضائية ، فى خصومة رفعت اليها وفق قواعد المرافعات . ومن ثم يخرج عن نطاق البحث فى التسبيب القرارات التى تصدر من جهات غير قضائية ، والقرارات والأوامر التى تصدر من جهة قضائية بما لها من سلطة ولائية بحتة ، كالأوامر على العرائض .

٢ — استخلاص الصحيح منها وتقديره . Vèrifier l'existence des faits allégués

٣ — تكييف الوقائع الصحيحة وارساء القاعدة القانونية مع آثارها عليها [١] . La qualification légale des faits reconnus exacts, et déduire de cette qualification les conséquence que la loi y attache et l'où résulte la solution du procès .

٤ — اتساق منطوق الحكم مع أسبابه .

٣ — (أولا) سرد وقائع الدعوى :

١ — وجوب سرد الوقائع الكاملة المكونة للدعوى .

٢ — وجوب سرد هذه الوقائع دون خطأ أو تحريف .

٣ — لا يلزم تعقب حجج الخصوم بل يكفى ذكر مضمونها .

٤ — لا يلزم ذكر اسماء الشهود ونصوص أقوالهم بل يكفى ذكر مضمونها ، كذا الحال بالنسبة الى نصوص المستندات التى يعتمد عليها الحكم .

٤ — الوقائع المكونة للدعوى بحسب طبيعتها ونوعها :

تشتمل الوقائع les qualités على بيان باسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم وأسماء وكلائهم ان كانوا ، ونص ما قدموه من طلبات أو دفاع أو دفوع وخلاصة ما استندوا اليه من الأدلة الواقعية . والحجج القانونية ونتائج اجراءات الاثبات التى تمت فى القضية ، ومراحل الدعوى ورأى النيابة ان كانت ممثلة (م ٣٤٩) .

وهناك من الدعاوى ما تستوجب بحسب طبيعتها أو نوعها الافاضة فى وصف بعض وقائعها أو مستنداتها والا كانت وقائعها عقيمة .

(١) انظر فى هذا الموضوع Bonnier فى Eléments d'organisation judiciaire et de procédure civile (1848) .

وفيما يلى أمثلة من أحكام محكمة النقض فى تأييد كل ما تقدم :

قضت بأنه متى كان الحكم اذ حكم ببطلان البيع لصدوره من قاصر أقام قضاءه على أن تقدير الطبيب الشرعى لسن البائع انما كان تقديرا تقريبيا استنادا الى ما أجاب به هذا الطبيب فى بدء مناقشته دون أن يحفل باستظهار ما تدل عليه اجاباته اللاحقة من أن تقديره كان تقديرا قاطعا فى ثبوت بلوغ البائع سن الرشد وقت التعاقد ولم يكن تقديرا تقريبيا ، فان هذا الحكم يكون مشوبا بالقصور وبالخطأ فى الاسناد بما يستوجب نقضه[1] .

وقضت بأنه وان أوصت المادة ٣٤٩ أن يتضمن الحكم بيانات معينة من بينها « خلاصة ما استند اليه الخصوم من الأدلة الواقعية والحجج القانونية » الا أنه يتعين لاعتبار هذا البيان جوهريا يترتب على اغفاله البطلان أن يكون الحكم قد فصل فى النزاع الذى قدمت بصدده هذه الأدلة الواقعية والحجج القانونية ، فاذا كان الحكم صادرا باجراء من اجراءات الاثبات اذ قضى باحالة الدعوى الى التحقيق لاثبات حقيقة العقد موضوع النزاع ان كان وصية أو بيعا منجزا ، وكان الاثبات بالشهادة فى ذاته غير منازع فى جوازه قانونا ، فلا تثريب على المحكمة ان هى اغفلت تدوين ما قدمه الخصوم من أدلة على لزوم التحقيق ويكون عقيما التمسك باغفال ذلك الحكم ذكر ما تمسك به المشترى من حجج على أن العقد المذكور كان منجزا لا مضافا الى ما بعد الموت[2] .

وقضت بأنه متى كان الحكم المطعون فيه لم يبين ماقدمه الخصوم من طلبات وأوجه دفاع ودفوع وخلاصة ما استند اليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية مع بيان ما سارت فيه الدعوى من مراحل — فانه يكون قد خالف نص المادة ٣٤٩ مخالفة تستوجب بطلانه[3].

---

(١) نقض ٢٥ نوفبر ١٩٥٤ القضية رقم ٢٤٦ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ٢٦ أبريل ١٩٥٦ — القضية رقم ٣٢١ سنة ٢٢ قضائية .

(٣) نقض ٣ فبراير ١٩٥٥ — القضية رقم ٤٣٢ سنة ٢٢ قضائية .

وقضت بأنه متى كان الحكم اذ قضى بالانفصال الجسمانى بين زوجين فرنسيين لا يبين منه ان ما قضى به كان من تلقاء نفس المحكمة أو بناء على طلب احتياطى للزوج أو بناء على طلب أصلى له بعد أن نزل عن طلب الطلاق مع اختلاف الحكم فى كل من هذه الأحوال فى القانون الفرنسى ، فان هذا الحكم يكون قد شابه البطلان ، كما خالف المادة ٣٤٩ (١).

وقضت بأنه اذا قرر حكم أن المدعى عليه لم يكسب ملكية الأطيان التى يطلب المدعى ثبوت ملكيته لها بأى سبب من أسباب كسب الملك ، فان هذا لا يفيد بذاته وبطريق اللزوم ثبوت ملكيتها للمدعى . كذلك لا يكفى أن يقرر الحكم ان مستندات هذا الأخير تشمل الأطيان المتنازع عليها ، وانها من ذلك تكون ملكا له من غير بيان هذه المستندات وكيفية افادتها هذه الملكية (٢).

وقضت بأنه متى كان الحكم الابتدائى اذ قضى بعدم قبول الدعوى التى أقامها المطعون عليه على الطاعن وآخر بطلب الزام هذا الأخير بتقديم عقد الصلح المودع عنده والمحرر بينه هو والطاعن والحكم بصحة التعاقد عن الأطيان الواردة به قد أقام قضاءه على أن عقد الصلح تضمن اقرارا من الطاعن لا تصح تجزئته اذ هو بينما يقر لأخيه المطعون عليه بالنصف فى الأرض التى يطلب اثبات التعاقد عنها وفى أموال أخرى اذ هو يحمله النصف فى ديون ذكرت بهذا العقد فهناك اذن شركة بين الطرفين لم تصف بعد وقد أودع عقد الصلح عند آخر حتى تتم المحاسبة بين الأخوين ، وكان الحكم الاستئنافى اذ قضى بالغاء الحكم الابتدائى وبصحة التعاقد والتسليم قد أغفل التحدث عن واقعة ايداع عقد الصلح لدى آخر ودلالتها ومدى ارتباطها بتنفيذ العقد مع تمسك الطاعن بها فانه يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه (٣).

وقضت محكمة النقض بأن اذا كان مدار الخلاف بين الخصوم ما اذا كان الثمن المتفق عليه بعقد بيع الوفاء بخسا أم انه كان ثمن المثل ، واذا كان هذا الأمر له أثره فى مصير الدعوى ، واذا كان الثابت بالأوراق أن الطاعن قدم

---

(١) نقض ١٤ يناير ١٩٥٤ - القضية رقم ٣٦٤ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ١٥ فبراير ١٩٥١ - القضية رقم ١٤٢ سنة ١٨ قضائية .

(٣) نقض ٥ أبريل ١٩٥١ - القضية رقم ٨٢ سنة ١٩ قضائية .

الى محكمة الاستئناف ردا على أسباب الحكم الابتدائى صورا رسمية لثمانية عقود بيع منها عقدان حررا فى نفس السنة التى صدر فيها عقد بيع الوفاء موضوع النزاع وتضمنت هذه العقود بيع أطيان واقعة فى ذات الحوض الواقعة فيه الأطيان المبيعة – محل العقد – وذلك بأثمان تماثل فى المتوسط الثمن الذى اتفق عليه فى العقد ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلا من الاشارة الى العقود سالفة الذكر والتحدث عنها فانه يكون قاصرا لأسباب يستوجب نقضه [1].

وقضت بأنه اذا اعتمد الخصم لدى المحكمة الابتدائية فى ملكيته على وضع اليد ، ولكنه لدى محكمة الاستئناف قدم مستندات يستدل بها على أيلولة الملكية اليه بطريق الشراء ، فمن الواجب على محكمة الاستئناف أن تبين فى حكمها رأيها فى هذه المستندات فان هى أغفلتها كليا واقتصرت على تأييد الحكم المستأنف للأسباب التى بنى عليها كان حكمها باطلا [2] .

وقضت بأنه اذا صدر حكم ببطلان تصرف صادر من مورث المتصرف له بناء على أنه صدر منه وهو مريض مرض الموت واقتصر على تقرير المورث المذكور كان مريضا مرضا انتهى به الى الوفاة دون أن يبين نوع هذا المرض ، وهل كان الهلاك غالبا فيه وقت حصول التصرف ، فانه يكون قاصرا قصورا يعيبه بما يبطله [3].

٥ – بالنسبة الى الأحكام الفرعية يكتفى بذكر الوقائع المتعلقة بها وحدها :

اذا أصدرت المحكمة حكما فرعيا متصلا بسير الدعوى أو اثباتها أو متعلقا باختصاص المحكمة بنظر الدعوى فانه يكتفى – فى صدده – بذكر الوقائع المتصلة بالخصومة فى المسألة الفرعية وحدها .

---

(١) نقض ٣ مايو ١٩٥١ – القضية رقم ١٧٠ سنة ١٩ قضائيه .

(٢) نقض ٢٣ فبراير ١٩٣٣ – القضية رقم ٩٢ سنة ٢ قضائية ، وانظر أيضا نقض ١٣ مارس ١٩٤١ – القضية رقم ٦ سنة ١١ قضائية .

(٣) نقض ١٢ يناير ١٩٥٠ – القضية رقم ٦٥ سنة ١٨ قضائية .

وعلى ذلك اذا أصدرت المحكمة حكما بعدم إختصاصها بنظر القضية فلا تثريب عليها ان هى أغفلت الاشارة الى ما قدمه المدعى من مستندات وأدلة أو ما أبداه المدعى عليه من أوجه دفاع تتعلق بموضوع الدعوى ، أو ما قدمه من مستندات ، بشرط أن تسرد المحكمة كافة الوقائع المتصلة بالخصومة فى ذات الدفع بعدم الاختصاص . وكذلك الحال اذا أصدرت المحكمة حكمها ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى أو بعدم قبولها [١] أو باعتبارها كأن لم تكن أو بسقوط الخصومة فيها أو بانقضائها بالتقادم ، أو بقبول تركها .

واذا أصدرت المحكمة حكما بجواز الاثبات قانونا بشهادة الشهود ، وكان ذلك اثر نزاع بين الخصوم ، وجب عليها أن تسرد جميع أدلة الخصوم وحججهم وتشير الى مستنداتهم فى هذا الصدد ، وانما لا تلزم بسرد باقى الوقائع التى لا تتصل بجواز الاثبات قانونا بشهادة الشهود أو بعدم جوازه .

واذا أصدرت المحكمة حكما باحالة الدعوى على التحقيق فلا تثريب عليها ان هى اغفلت تدوين ما قدمه الخصوم من أدلة على لزوم التحقيق ما دام الحكم قد اقتصر على ما تقدم [٢] ، وذلك لأن القاعدة أنه لا يلزم تسبيب الأحكام التى تأمر باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات — اذ النطق بها يفصح فى ذاته عن سبب اصدارها . ولا تثريب عليها ان هى أغفلت الاشارة الى أى دفاع موضوعى ما دام حكمها قد اقتصر على مجرد ندب خبير [٣] .

واذا أصدرت المحكمة حكما بوقف الخصومة حتى يتم الفصل فى مسألة أولية من اختصاص محكمة أخرى فانه يكفى أن تدون المحكمة ما تعلق بطلبات وأدلة الخصوم ودفوعهم بصدد الخصومة فى طلب الوقف .

---

(١) لرفعها قبل الميعاد أو بعده ، أو لانتفاء صفة رافعها أو المرفوعة عليه ، أو لسبق الفصل فيها ، أو لسبق الاتفاق على التحكيم بصددها ، أو لأى سبب من أسباب عدم قبول الدعوى .

(٢) راجع حكم النقض ٢٦ أبريل ١٩٥٦ — القضية رقم ٣٢١ سنة ٢٢ قضائية .

(٣) وأرجأ الفصل فى الدفاع الى ما بعد تقديم الخبير تقريره عند الحكم فى الموضوع (نقض ٢٢ يناير ١٩٥٣ المجموعة ٤ — ٢ — ٣٧٥) .

٦ — ما يستوجبه الحكم بتصفية حساب من وقائع :

فى الدعوى بتصفية حساب يتعين على المحكمة أن تصف فى حكمها كل مخالصة بذكر المبلغ المدفوع ومن قبضه ومن دفعه وسبب أدائه ان كان ، وتاريخ المخالصة وما اذا كان هذا التاريخ ثابت التاريخ . . . ، وذلك حتى تتمكن محكمة النقض من تعرف الحقيقة الواقعية التى على معرفتها المدار فى تكييف الواقع ، وبيان ما ينطبق عليه من أحكام القانون . فاذا اعتمد حكم على ايصال مخالصة ولم يبين نصه ، وقرر خصم — أمام محكمة النقض — ان هذا الايصال خاص بشخص آخر ، ونازع خصمه فى هذا القول فان هذا التجهيل من شأنه أن يستوجب ابطال الحكم [١] .

٧ — ما يستوجبه الحكم فى الدعوى بمسئولية أحد الخصوم :

فى الدعوى بمسئولية أحد الخصوم يتعين سرد كل الوقائع المدعاة من جانب جميع الخصوم سواء تعلقت بتحديد الخطأ أو تقرير الضرر ، ولا يكفى سرد بعضها واستخلاص ما يستخلص منه ، وذلك للتحقق من أن القاضى قد اتصل علمه بجميع وقائع الدعوى وحتى لا تعجز محكمة النقض عن استخلاص عناصرها الواقعية من ذات الحكم المطعون فيه .

٨ — ما يستوجبه الحكم فى دعوى الملكية أو دعوى الحيازة أو دعوى المطالبة بريع معين :

يلزم عند تحرر الأحكام فى الدعاوى المتقدمة تعيين ذات العقار موضوع النزاع وتحديد مساحته ، وحائزه ان كان ومدة حيازته ، وقدر ما بيع منه بعقد ان كان ، والتعريف على هذا القدر ، ووصف العقود التى يتمسك بها الخصوم بذكر أطرافها وموضوعها وتاريخها [٢] . وبالنسبة لريع المبانى

---

(١) نقض ٢٥ أبريل ١٩٣٥ — القضية رقم ٥٥ سنة ٤ قضائية .

(٢) نقض ١٣ ديسمبر ١٩٤٥ — القضية رقم ١٧ سنة ١٥ قضائية .

أو الأراضي الزراعية يتعين ذكر أصل الريع ونصيب كل مستحق وما قبضه ، وبالنسبة لأية سنة الخ ... ، فاذا كان البيان المتقدم مبهما فان هذا الابهام يجعل الحكم غير قائم على أساس قانونى ويتعين نقضه (١) .

٩ – مايستوجبه الحكم فى الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها :

عند الحكم فى الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها يتعين على المحكمة أن توضح الموضوع والسبب والأطراف فى كل من الدعويين لينجلى اتحادهما فى كل منهما أو اختلافهما ، والا كان حكمها فى الدفع مشوباً بالبطلان .

وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم قد اعتمد فيما قضى به من سد النوافذ والمطلات محل الدعوى على أن النزاع فى ملكية المنور الذى تطل عليه هذه النوافذ والمطلات قد فصل فيه بحكم سابق قضى برفض دعوى المدعى عليه تملكه نصف هذا المنور ، ولم يجئ فيما أورده من أسباب فى هذا الصدد ما يعين على بيان كيف توافرت عناصر الأمر المقضى بين الحكم النهائى السابق وبين النزاع الجديد بشأن سد الفتحات وازالة الشرفات ، وهل اتحد الموضوع والسبب فى الدعويين . فهذا الحكم يكون مشوبا بالقصور ، اذ ذلك بيان جوهرى لا يغنى عنه أن يكون الطاعن مقراً بأن لذلك الحكم السابق حجيته ، فان النزاع يقوم على مدى هذه الحجية وهل تشمل ما يثيره الطاعن فى الدعوى الحالية من دفاع (٢) .

١٠ – وقائع غير لازمة : الحكم فى شق من الموضوع أو فى طلب عارض :

قدمنا أن الحكم فى مسألة فرعية لا يشتمل الا على ما تعلق بالوقائع المتصلة بالخصومة فى المسألة الفرعية . وكذلك الحال بالنسبة الى الحكم الصادر فى شق من الموضوع أو فى طلب عارض فهو لا يشتمل الا على الوقائع المتصلة بالخصومة فيما قضى به الحكم .

(١) نقض ١٢ ديسمبر ١٩٣٥ – القضية رقم ١٧ سنة ٥ قضائية ، ونقض ٢٠ مايو ١٩٤٨ رقم ٥٥ سنة ١٧ قضائية .

(٢) نقض ١٦ فبراير ١٩٥٠ – القضية رقم ٨٥ سنة ١٨ قضائية . وانظر أيضا نقض ٢٤ يناير ١٩٤٦ – مجموعة القواعد القانونية ٥ ص٧٢

ويحدث أن تصدر المحكمة حكمها فى موضوع الدعوى وتنحو الى نحو معين لا يستلزم منها سرد جميع الوقائع المتصلة بها ، كما اذا قضت ببطلان عقد ما ، فان هذا القضاء يغنيها عن سرد ما اتصل بطلب الخصم تنفيذ شرط من شروطه التى تقوم بصحته وتبطل بابطاله .

واذا كان الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم الاستئنافى لأسبابه حين قضى بقبول الدفع بسقوط حق المدعى فى طلب حساب الوقف الذى كان يديره المدعى عليه بصفته وكيلا عنه قد أقام قضاءه بذلك على أساس ما أورده المدعى فى عريضة دعواه من أن توكيله للمدعى عليه انما كان بسبب سفره الى خارج القطر ، وما استخلصه استخلاصا سائغا من المستندات المقدمة الى المحكمة من أن هذه الوكالة قد انقضت بعودة المدعى من الخارج ، وعلى أن دعوى الحساب انما رفعت بعد انقضاء الوكالة بأكثر من خمس عشرة سنة ، وان الخطابات المقدمة من المدعى للاستدلال بها على أن المدعى عليه لم ينقطع عن مباشرة ادارة الوقف بصفته وكيلا لا يدل ما ورد بها على استمرار الوكالة ، وذلك بعد أن أورد بعض عباراتها وفسرها تفسيرا تحتمله وينفى المعنى الذى يقول به المدعى ، ثم أيد هذا الحكم استئنافيا لأسبابه ، فلا يعيب الحكم الاستئنافى أنه لم يورد ما تضمنته خطابات جديدة قدمها المدعى الى محكمة الاستئناف ، وقالت هذه المحكمة عنها أنها لم ترفيها ما يفيد استمرار الوكالة (١).

١١ — وجوب سرد وقائع الدعوى دون خطأ أو تحريف :

اذا ورد خطأ أو تحريف فى واقعة من وقائع الدعوى ، وكان هذا أو ذاك لا يؤثر فى الحكم وفى النتيجة التى انتهى اليها والتى تبررها أسباب تستقيم معها ، فان هذا الخطأ أو التحريف لا يؤثر فى سلامة الحكم وصحته . أما اذا امتد الخطأ المتقدم وأصاب قضاء الحكم فانه يعد باطلا .

وقد قضى ، اعمالا لما تقدم ، بأنه اذا كان الحكم المطعون فيه قد ألغى الحكم الابتدائى وأخذ بالدليل المستمد من دفاتر السمسار اعتمادا على ما خلص اليه من استجواب الخصوم من أن العميل لم يطالب السمسار فى صدد عملية بيع

---

(١) نقض ٢١ أكتوبر ١٩٤٨ — القضية رقم ٦٠ سنة ١٧ قضائية .

الأسهم موضوع النزاع الا بالامهال ، مع أن وقائع الاستجواب لا تؤدى الى ذلك . وفى الوقت ذاته أغفل التحدث عن باقى القرائن التى اتخذ منها الحكم الابتدائى دعامة لقضائه باطراح الدفاتر المذكورة وعدم الأخذ بما تدون بها وهى أن السمسار لم يضمن كشوف الحساب التى أرسلها للعميل بيانا عن عملية بيع الأسهم ولم يبادر باخطار العميل بها حين طالبه ببيع أسهم شركة أخرى مودعة لديه ، فانه يتعين نقض الحكم[١] .

وقضت محكمة النقض باهدار حكم مسخ شهادة شهود على نحو يناقض واقع الدعوى الثابت من الصورة الرسمية لمحضر التحقيق[٢] . كذلك قضت باهدار حكم استند الى ما أجاب به طبيب شاهد فى بدء مناقشته ، ولم يحفل بما تدل عليه اجاباته اللاحقة من أن تقديره كان تقديرا قاطعا فى ثبوت بلوغ خصم فى الدعوى سن الرشد[٣] .

وقضت محكمة النقض ببطلان حكم — لأنه فى معرض المفاضلة بين عقدين اعتبر أحدهما مسجلا فى حين أن المسجل هو صحيفة دعوى بصحة توقيع الخصم[٤] .

وقضت بنقض حكم صدر بالزام المدعى عليه بالريع المطلوب منه بناء على أنه كان واضعا يده على نصيب المدعى فى الملك المشترك ، وذلك لأنه ورد فى ذات الحكم أن فى أوراق الدعوى ما ينطق بأن أخا للمدعى عليه كان يستغل الأطيان لحساب نفسه وحساب أخيه ؛ ولم يبين مقدار ما هو موضوع عليه اليد لحساب المدعى عليه ، وما هو موضوع عليه اليد لحساب أخيه مع لزوم هذا البيان فى تحديد مسئولية المدعى عليه من ريع ما وضع اليد عليه وحده[٥].

(١) نقض ٥ يناير سنة ١٩٥٦ — القضية رقم ٢٣٢ سنة ٢٢ قضائية .

(٢) نقض ٣٠ نوفبر سنة ١٩٥٠ — القضية رقم ٥ سنة ١٩ قضائية .

(٣) نقض ٢٥ نوفبر سنة ١٩٥٤ — القضية رقم ٢٤٦ سنة ٢١ قضائية .

(٤) نقض ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ — القضية رقم ٥٤ سنة ١٨ قضائية .

(٥) نقض ٢٠ مايو ١٩٤٨ — القضية رقم ٥٥ سنة ١٧ قضائية .

١٢ — لا يلزم تعقب حجج الخصوم أو احترام ترتيب بيانات الحكم الوارد فى المادة ٣٤٩ فى شأن التسبيب :

القاعدة أن الترتيب الوارد فى المادة ٣٤٩ بشأن البيانات التى يجب تدوينها فى الحكم ليس ترتيبا حتميا يترتب على الاخلال به البطلان ، فيجوز أن تورد المحكمة الأدلة الواقعية والحجج القانونية التى استند اليها الخصوم فى ثنايا أسباب الحكم التى تكفلت بالرد عليها [١]، كما أنه يكفى لسلامة الحكم أن يكون مقاما على أسباب تستقيم معه ، ولا يلزم أن يتعقب حجج الخصوم فى جميع مناحى أقوالهم استقلالا ثم يفندها الواحدة بعد الأخرى [٢].

١٣ — لا يلزم ذكر اسماء الشهود ونصوص أقوالهم بل يكفى ذكر مضمونها ، ولا يلزم ذكر نصوص المستندات التى اعتمد عليها الحكم متى كانت هذه المستندات مقدمة الى المحكمة ومبينة فى مذكرات الخصوم مما يكفى معه مجرد الاشارة اليها [٣]:

القاعدة أنه لا يعيب الحكم عدم ذكره أسماء الشهود فى تحقيق أجرته المحكمة . وعدم ايراده نصوص أقوالهم وحسبه أن يورد مضمون هذه الأقوال ومتى كان ما استخلصه الحكم من أقوال الشهود غير مناقض لما هو ثابت بمحضر التحقيق كان قضاؤه سليما [٤].

١٤ — الوقائع فى الحكم الصادر فى الطعن :

يتعين على المحكمة عند كتابة حكمها فى الطعن — أيا كان نوعه . أن تسرد . أو تشير الى الوقائع التى أثبتها الحكم المطعون فيه . كما يتعين عليها أن تشير الى أسبابه وأسباب الطعن فيه وتسرد ما جد من الوقائع وما قدمه الخصوم فى الطعن من طلبات أو دفوع أو مستندات أو أدلة [٥] .

---

(١) نقض ٢٦ أبريل ١٩٥٦ — القضية رقم ٣٢١ سنة ٢٢ قضائية .

(٢) نقض ٢ مارس ١٩٥٠ — القضية رقم ١١٢ سنة ١٨ قضائية ، ٣ نوفبر ١٩٤٩ — القضية رقم ٣٣ سنة ١٨ قضائية .

(٣) نقض ١٥ نوفبر ١٩٥١ — المجموعة ٣ — ١ — ٦٤

(٤) نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ — القضية رقم ٤٥ سنة ١٨ قضائية .

(٥) نقض ٥ يناير ١٩٥٦ — القضية رقم ٢٣٢ سنة ٢٢ قضائية .

وسوف ندرس فيما بعد مدى التزام محكمة الطعن فى الرد على كل أسباب الحكم المطعون فيه ، وفى الرد على أسباب الطعن وما قدمه الخصوم من أدلة وحجج فى تأييد الطعن أو فى دفعه .

١٥ — الاحالة فى سرد الوقائع على أحكام أو أوراق أخرى :

الأصل أن يكون كل حكم مستوفيا فى ذاته جميع أسبابه فلا تصلح الاحالة فى تسبيبه على ما جاء فى ورقة أخرى . ومع ذلك يجيز الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر أن تحيل المحكمة فى تسبيب حكمها على ما جاء فى أسباب حكم آخر سبق صدوره فى نفس الدعوى بين نفس الخصوم . كما تجوز الاحالة على تقرير خبير أو حكم محكم [١] .

واذن تجوز الاحالة فى سرد وقائع الدعوى أو بعضها على حكم فرعى [٢] أو موضوعى أو حكم ابتدائى أو غيابى صدر فى ذات الدعوى . وتجوز الاحالة على تقرير خبير الدعوى . ويتعين أن تذكر هذه الاحالة فى صلب أسباب الحكم ، والا اعتبر خاليا من سرد وقائع الدعوى .

وقد يتجه رأى الى أن بطلان الحكم [٣] أو تقرير الخبير — الذى تمت الاحالة عليه بالنسبة لسرد وقائع القضية فقط — هذا البطلان لا يؤثر فى صحة الحكم الذى اعتمد على تلك الاحالة . ذلك لأن الحكم لا يكون قابلا للالغاء لبنائه على اجراء باطل الا اذا كان هذا البطلان قد أثر فى الحكم [٤] . واذ لا يؤثر بطلان تقرير الخبير أو الحكم الفرعى أو الابتدائى الذى تمت الاحالة اليه بالنسبة الى سرد وقائع الدعوى — لا يؤثر فى سلامة الحكم الذى اعتمد

(١) جلاسون ٣ رقم ٧٤٦ والأحكام العديدة المشار اليها وربرتوار دالوز للمرافعات رقم ١٣٢٧ الأحكام العديدة المشار اليها فيه .

(٢) نقض ٣١ اكتوبر ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٩١٢

(٣) أو مخالفته للقانون أو تقديره للوقائع تقديرا مغايرا لما استخلصته المحكمة التى اعتمدت فى سرد الوقائع عليه — كل هذا لا يؤثر فى صحة الحكم الذى استند اليه بالنسبة الى سرد وقائع القضية فقط .

(٤) راجع المادة ٣٩٦ والمادة ٤٢٥

على تلك الاحالة فانه اذن يكون صحيحا سليما ، اللهم الا اذا كان سبب بطلان تقرير الخبير أو الحكم الفرعى هو مسخه لوقائع الدعوى أو تحريفها . ومع ذلك فالصحيح أن بطلان الحكم أو التقرير يعدمه ويجرده من أى أثر قانونى ويصبح شأنه شأن الأوراق العادية التى تقدم فى الدعوى ، وكما لا تجوز الاحالة على الأوراق التى يقدمها الخصوم لا تجوز الاحالة على حكم أو تقرير خبير باطل [1] .

وبطبيعة الحال اذا جدت وقائع بعد صدور الحكم الفرعى أو الابتدائى أو حكم المحكم أو تقرير الخبير الذى تمت الاحالة اليه فمن الواجب سرد هذه الوقائع الجديدة والا كان الحكم مشوبا بالبطلان .

وترتيبا على كل ما تقدم قضت محكمة النقض بأنه اذا بين الحكم فى ديباجته وقائع الدعوى وطلبات الخصوم فيها كما قرر فى أسبابه أنه يأخذ بأسباب الحكم التمهيدى الصادر فى الدعوى المبين فيه بالتفصيل كل وقائعها وطلبات الخصوم وأوجه دفاعهم ، فذلك كاف لرد ما يعترض به عليه من جهة عدم توضيحه وقائع النزاع ايضاحا كافيا وعدم ذكره طلبات الخصوم وعدم بيان جوهر دفاعهم [2] .

وقضت بأنه اذا اعتمد الخصم لدى المحكمة الابتدائية فى ملكيته على وضع اليد ، ولكنه لدى محكمة الاستئناف قدم مستندات يستدل بها على أيلولة الملكية اليه بطريق الشراء . فمن الواجب على محكمة الاستئناف أن تذكر هذه الواقعة فضلا عن ضرورة ايضاح رأيها فى هذه المستندات والا كان حكمها باطلا [3] .

---

(١) راجع حكم النقض المشار اليه فى الفقرة رقم ٤٢

(٢) نقض ٣١ أكتوبر ١٩٣٥ ، القضية رقم ١ سنة ٥ قضائية .

(٣) نقض ٢٣ فبراير ١٩٣٣ ، القضية رقم ٩٢ سنة ٢ قضائية .

١٦ – (ثانيا) استخلاص الصحيح من وقائع الدعوى وتقديره :

استخلاص الواقع فى الدعوى هو التحقق والتثبت من الوجود المادى لوقائعها المدعاة [١] .

وعند استخلاص الصحيح من وقائع الدعوى وتقديره يجب على المحكمة أن تراعى ما يأتى :

١ – احترام القواعد الموضوعية فى الاثبات .

٢ – احترام القواعد الاجرائية عند سلوك سبل الاثبات المختلفة .

٣ – تقدير الادلة التى اعتمد عليها الخصوم واستندت هى اليها تقديرا يتمشى مع المنطق السليم .

٤ – الرد على أدلة الخصوم الجوهرية التى لم تعتمد عليها فى حكمها .

١٧ – ١ – احترام القواعد الموضوعية فى الاثبات :

غنى عن البيان أن المحكمة تلزم باحترام القواعد الموضوعية فى الاثبات règles de fond، تلك التى تحدد طرق الاثبات ، والأحوال التى يجوز فيها سلوك كل طريق منها . (فالوقائع المادية مثلا يجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات بعكس الحال بالنسبة الى الروابط القانونية . وقد يحرم القانون اثبات واقعة ما ، أو يجعلها فى حكم الثابت) ، والشروط اللازمة لقبول الاثبات به ، وقوة الدليل المستفاد منه ، والخصم المكلف بالاثبات (م ٣٨٩ – ٤١٧ من القانون المدنى) .

وقد ينص القانون التجارى أو القانون البحرى أو القانون المدنى فى خصوص موضوع معين على قواعد موضوعية فى الاثبات تخالف القواعد العامة المتقدمة

(١) La vérification de l'existence materielle des faits allégués — Marty - La distinction du fait et du droit. رقم ١٠٤ أو هو استنباط القاضى حقيقة ما وقع بالادلة والامارات والعلامات واحاطة علمه بها ، (ابن القيم الجوزية) أنظر حامد فهمى ومحمد حامد فهمى ، النقض فى المواد المدنية رقم ٣٦

واذن ، اذا كان قاضى الدعوى حراً فى تقدير أدلة الخصوم وفى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى منها ، فانه ليس حراً فى عدم اتباع ما جاء به القانون المدنى — أو الموضوعى على وجه العموم — من قواعد اثبات موضوعية ، بل ينبغى عليه أن يتقيد بها ويأخذها عن القانون أخذا صحيحا ، فان خالفها أو أخطأ فى تطبيقها أو فى تأويلها فسد رأيه فى فهم الواقع فى الدعوى من ناحية ، واعتبر مخطئا فى تطبيق القانون من ناحية أخرى ، ويسرى الفساد بالتالى الى تكييف الوقائع والى الحكم برمته .

وشأن هذه القواعد الموضوعية فى الاثبات يخرج عن نطاق دراسة قانون المرافعات .

١٨ — ٢ — احترام القواعد الاجرائية عند سلوك سبل الاثبات المختلفة — يتعين أن تتخذ اجراءات الاثبات صحيحة فى مواجهة الخصوم :

ليس يكفى أن يحترم القاضى القواعد الموضوعية فى الاثبات فحسب انما عليه أيضا أن يحترم القواعد الاجرائية [1] فى هذا الصدد . تلك القواعد التى نظمها قانون المرافعات فى الباب المتعلق باجراءات الاثبات .

على القاضى اذن أن يحترم جميع القواعد الاجرائية التى نص عليها قانون المرافعات عند سلوك سبل الاثبات المختلفة . والا كانت اجراءات الاثبات باطلة ، اذا كان القانون ينص على هذا البطلان . أو كان العيب الذى شابها هو عيب جوهرى ترتب عليه ضرر للخصم عملا بالمادة ٢٥ . ويسرى البطلان الى كل حكم يعتمد على النتيجة المستخلصة من الاثبات [2] .

وعلى القاضى أن يحترم كل ما يقتضيه اتخاذ اجراء اثبات معين . فمثلا تنص المادة ١٩٢ على أن الاذن لأحد الخصوم باثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائما أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها — هى بذاتها — بهذا الطريق [3] .

---

(١) Règles de forme

(٢) ندرس هذا الموضوع على وجه التفصيل فيما بعد .

(٣) تحقيق النفى La contre enquête ، راجع كتاب المرافعات رقم ٤٣٣

ويتعين أن تتخذ اجراءات الاثبات في مواجهة الخصوم وفق التفصيل المشار اليه فى الباب السابع من قانون المرافعات — المتعلق باجراءات الاثبات ، ولا يجوز الادلاء بطلب أو اتخاذ اجراء ما الا فى مواجهة الخصم المتخذ ضده الاجراء ، ولا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله الا بحضور خصمه . كذلك لا يجوز قبول أوراق أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها (م ٣٤٠) .

١٩ — لا يجوز للقاضى أن يحكم بناء على معلوماته الشخصية :

اذا أدرك القاضى أن معلوماته الشخصية تؤثر فى تقديره لوقائع القضية ، واستشعر الحرج من نظرها . كان له أن يعرض أمر تنحيه على المحكمة عملا بالمادة ٣١٧ ولو فى غير أحوال عدم الصلاحية لنظر الدعوى أو أحوال الرد .

والمقصود بالمعلومات الشخصية تلك التى تصل الى علم القاضى بصدد وقائع الدعوى أو بصدد مدى ثبوتها وصحتها . عن غير الطريق المقرر والمرسوم لنظر القضايا . كما اذا شهد حادثة معينة ترتب عليها اقامة دعوى بطلب تعويض عن الضرر الذى لحق الخصم نتيجة خطأ خصمه . اما اذا انتقل القاضى للمعاينة (م ١٨٥) بعد رفع الدعوى اليه ، فان تقديره الشخصى للوقائع يعتد به بطبيعة الحال .

والمعلومات العامة المستقاة من خبرة القاضى بالشئون العامة المفروض الملم الكافة بها لا تعد من قبيل المعلومات الشخصية المحظور على القاضى أن يبنى حكمه عليها . وقد حكم اعمالا لما تقدم بأنه متى كانت المحكمة اذ أخذت بتقدير اللجنة لأرباح الطاعن قد قررت أن تجارة « الحديد الخردة » كانت رائجة طوال سنين النزاع ذلك أنه فى الفترة الأولى من الحرب عند ما انعدم استيراد الحديد الجديد من الخارج حل محله الحديد الخردة فى التعامل وحقق المتعاملون فيه أرباحا كبيرة ، وفى الفترة الأخيرة عند ما باعت جيوش الحلفاء الموجود لديها من الحديد نشطت سوق الحديد الخردة نشاطا كبيرا لابد وأن الطاعن استفاد منه ، فان ما ذكرته المحكمة فى هذا الخصوص ليس من قبيل المعلومات الشخصية المحظور على القاضى أن يبنى حكمه عليها بل هى معلومات مستقاة من الخبرة بالشئون العامة المفروض الملم الكافة بها [1] .

---

(١) نقض ٢٦ فبراير ١٩٥٣ ، القضية رقم ٢٥٦ سنة ٢١ قضائية .

٢٠ — للقاضى أن يأمر من تلقاء نفسه باتخاذ أى اجراء من اجراءات الاثبات ، وهو لايلزم فى جميع الأحوال باجابة طلب الخصم اتخاذ اجراء اثبات ما ، كما لا يلزم بتنفيذ اجراء الاثبات الذى أمر به ، ولا يلزم بالنتيجة المستخلصة منه :

المبادئ المتقدمة هى مبادئ أساسية فى التشريع بعضها مقرر بنص خاص والبعض الآخر مسلم به فقها وقضاء فى مصر وفى فرنسا . وسوف ندرس هذه المبادئ على وجه التفصيل عند معالجة مدى حجية الأحكام الصادرة باتخاذ اجراءات الاثبات ، ومدى تقيد المحكمة بالنتيجة المستخلصة منها .

٢١ — لا تجوز اقامة الحكم على واقعة لا سند لها فى أوراق القضية :

قدمنا أن قاضى الدعوى له مطلق الحرية فى أن يستخلص قضاءه من واقع اجراءات الاثبات التى أمر بها من تلقاء نفسه أو بناء على طلب خصوم الدعوى أو من واقع ما فى ملفها من مستندات وقرائن بشرط أن يتقيد بقواعد الاثبات الموضوعية ويأخذها عن القانون أخذا صحيحا ، وأن يتقيد بالاجراءات الشكلية المقررة فى قانون المرافعات ولا يعتمد على اجراءات باطلة . واذن اقامة الحكم على واقعة لا سند لها فى أوراق القضية تبطله . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا حكمت المحكمة بالزام الراغب فى البيع بدفع السمسرة الى الوسيط ، وبنت حكمها على أن هذا الأخير قام بما كلفه به المدعى عليه وقدم له شخصا قبل البيع بالشروط الواردة فى التفويض الصادر من المدعى عليه ، وكان الثابت فى أوراق الدعوى — على خلاف ذلك — أن التفويض الصادر الى الوسيط من الراغب فى الشراء قد خلا عن شرطين من الشروط المنصوص عليها فى التفويض بالبيع . وهما دفع معجل الثمن وترك المهمات والمواشى للبائع . فان هذا الحكم يكون متعينا نقضه لاقامته على واقعة لا سند لها فى أوراق الدعوى[1] . وقضت بأنه اذا كان الظاهر مما قاله الحكم انه اذ

---

(١) نقض ١٤ مارس ١٩٤٦ ، القضية رقم ٥٢ سنة ١٥ قضائية ، وانظر فى تأييد ذات المبدأ المذكور فى المتن نقض ٢٧ نوفبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٢٣ سنة ٢٠ قضائية وقد ذكر ملخص له فى الفقرة رقم ٢٦

سلم بجواز أن يكون العقد الصادر من مورث الطاعن الى المطعون عليه ساترا لرهن مما يترتب عليه اعتبار المطعون عليه دائنا عاديا فانه مع ذلك اعتبر عقداً ثانيا صادرا عن ذات العين من المطعون عليه نفسه الى ولده بيعا صحيحا اعتمادا منه على اقرار الطاعن ، بصفته مالكا ، لهذا المبيع ، وذلك دون أن يبين كيف حصل هذا الاقرار ودليل حصوله حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون على واقعة الدعوى فهذا قصور يبطله[1] .

٢٢ ـ لا يجوز اقامة الحكم على مخالفة الثابت من الأوراق أو القرائن دون ما سبب يذكر :

قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الثابت فى الاعلان أن المحضر حين انتقل الى مكتب المحامى الذى اختاره المعلن اليه محلا له قد خاطب شقيقة المحامى « المقيمة معه بالمكتب لغيابه وقتها » فهذا يفيد ، بحسب الأصل ، ان الأخت مقيمة فى المكتب وصالحة من حيث السن لتسليم الاعلان ، فليس لمحكمة الموضوع أن تخالف هذا الثابت فى الاعلان الا بدليل مقبول . فاذا كان الحكم قد اعتبر الأخت غير مقيمة فى المكتب ولا صلة لها به دون أن يورد أسبابا لذلك ، وأقام قوله بصغر سنها على مجرد ادعاء المعلن اليه ، ولذلك قضى ببطلان الاعلان ، فانه يكون قاصر الأسباب متعينا نقضه[2] .

وقضت بأنه اذا كان الحكم اذ قضى برفض طلب الريع الذى طلبته الطاعنة عن مدة الخمس عشرة سنة السابقة على رفع الدعوى قد أسس قضاءه على أنه لم يظهر للمحكمة لا من تقرير الخبير ولا من المستندات المقدمة اليها متى بدأ وضع يد المطعون عليهم على القدر المغتصب ، وكان الثابت من تقرير الخبير ومحضر انتقال المحكمة أن جميع مبانى منزل المطعون عليهم بما فيها البناء القائم على جزء من القدر المغتصب قد شيدت فى وقت واحد كما أن الثابت فى الحكم أن وضع يد المطعون عليهم على الجزء المغتصب بدأ فى سنة ١٩١٩

(١) نقض ٢٤ نوفمبر ١٩٤٩ ، القضية رقم ٦١ سنة ١٨ قضائية .
(٢) نقض ٣٠ مايو ١٩٤٧ ، القضية رقم ٩٤ سنة ١٥ قضائية .

تاريخ عقد شرائهم المنزل فان الحكم فى تقريره آنف الذكر والذى أقام عليه قضاءه برفض طلب الريع عن المدة السابقة على تاريخ رفع الدعوى يكون قد خالف الثابت بالأوراق دون أن يبرر هذه المخالفة مما يستوجب نقضه (١).

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم اذ قضى بصورية عقد بيع قد أقيم على عدة قرائن منها بخس الثمن ، وتبين أن ما استند اليه فى تقريره ببخس الثمن يخالف الثابت بأوراق الدعوى بان كان قد اعتبر المبلغ المذكور فى العقد بأنه دفع للبائع هو جميع الثمن دون أن يضيف اليه ما التزم المشترى بوفائه من ديون على العين المبيعة فان هذا الحكم يكون معيبا فى التسبيب بما يستوجب نقضه (٢).

وقضت بأنه اذا كان الحكم الصادر برد وبطلان ورقة لتزوير الامضاء الموقع به عليها قد أقيم على ما جاء بتقرير الخبير من أن الامضاء المطعون فيه مزور بطريق الشف عن امضاء معترف به لانطباق كل منهما على الآخر ، وعلى ما اتضح للمحكمة الابتدائية من عملية المضاهاة التى أجرتها من تطابق الامضاءين ، وكان ثابتا بتقرير الخبير وجود بضع اختلافات موضحة به تفصيلا بين الامضاء المطعون فيه والامضاء الصحيح الذى أجريت عليه المضاهاة فى دقائق بعض الحروف ، وكان الحكم خاليا من التحدث عن هذه الاختلافات ومدى أثرها على النتيجة التى انتهى اليها الخبير من قيمة تمسك صاحب الورقة بها فى الاستدلال على صحة الامضاء المطعون فيه ونفى تزويره بطريق الشف عن الامضاء الصحيح ، فهذا يكون قصورا يعيب الحكم بما يوجب نقضه (٣).

---

(١) نقض ٨ مايو ١٩٥٢ ، القضية رقم ٣٦٠ سنة ٢٠ قضائية . وانظر أيضا نقض ١٢ أبريل ١٩٤٥ ، القضية رقم ٩٠ سنة ١٤ قضائية ، وقد ذكرنا ملخصا له فى الفقرة التالية ، وانظر أيضا نقض ٩ نوفمبر ١٩٥٠ ، القضية رقم ١١ سنة ١٩ قضائية ، ونقض ٥ يناير ١٩٥٦ ، القضية رقم ٢٣٢ سنة ٢٢ قضائية .

(٢) نقض ٢٨ مايو ١٩٥٣ ، القضية رقم ١٤٥ سنة ٢١ قضائية .

(٣) نقض ٦ ابريل ١٩٥٠ ، القضية رقم ١٠٩ سنة ١٨ قضائية .

وقضت بأنه متى كان الحكم اذ قضى بالزام المستأجر بالتعويض قد أقام قضاءه على عدة عناصر ، انهار أحدها ، لما تبين من أنه يناقض الثابت فى الأوراق وكان لهذا العنصر أثره فى التقدير ، كان قضاؤه بالتعويض باطلا بطلانا جوهريا . واذن فاذا كان الحكم قد أسس قضاءه على سببين احدهما ان المستأجر خالف ما التزم به من احترام عقد ايجار صادر من المؤجر الى مستأجر آخر ، وأن المؤجر وكل محاميا ودفع اتعابا ومصروفات فى الدعوى التى اقامها المستأجر الآخر . وكان الواقع فى الدعوى أن المستأجر الآخر انما اختصم المؤجر ليقدم عقد الايجار ولم يوجه اليه طلبا ما غير ذلك ، وكان الحكم الصادر فى دعوى هذا المستأجر الآخر لم يلزم المؤجر بشئ ما ولم يثبت فيه أنه وكل محاميا ، فان ما استند اليه الحكم الصادر بالزام المستأجر بالتعويض فى هذا الخصوص يكون قد ناقض الثابت بالأوراق مما يوجب نقضه [1] .

٢٣ ــ الاحالة فى استخلاص الصحيح من الوقائع وتقديره على تقرير خبير الدعوى :

قدمنا أنه تجوز الاحالة فى سرد وقائع الدعوى أو بعضها على حكم فرعى أو موضوعى أو ابتدائى أو غيابى صدر فى ذات الدعوى . كما تجوز الاحالة على تقرير خبير الدعوى فى هذا الصدد .

ونضيف أنه بالنسبة الى استخلاص الصحيح من الوقائع وتقديره تجوز الاحالة أيضا على تقرير خبير الدعوى ، بشرط :

١ ــ أن تقرر المحكمة فى أسباب حكمها اجراء هذه الاحالة ، ويعد مجرد أخذها بنتيجة تقرير الخبير أخذا بأسبابه نظراً للتلازم بين النتيجة ومقدماتها .

٢ ــ أن يكون التقرير المحال عليه صحيحا لم يتمسك خصم ببطلانه .

(١) نقض أول فبراير ١٩٥١ ، القضية رقم ٨٠ سنة ١٩ قضائية ، انظر فى تأييد ذات المبدأ نقض ٦ ديسمبر ، ١٩٥١ ، القضية رقم ٢١٠ سنة ٩١ قضائية .

٣ — ألا يكون قد حصل التمسك بعدم الاعتداد بتقرير الخبير لمخالفته ما أمرته به المحكمة (١) ، كما اذا خالف طريقة احتساب أجر عامل على أساس معين حددته له المحكمة .

٤ — ألا تكون محكمة الدرجة الأولى قد جرحت تقرير الخبير .

٥ — ألا يكون أحد الخصوم قد تقدم بأدلة أو حجج جوهرية بعد صدور التقرير المحال عليه .

واذا عن للمحكمة الاعتماد على تقرير الخبير فى الأحوال المتقدمة تعين عليها أن تجيب على ما تقدم بأن تحكم بصحة التقرير ، أو تقرر الاعتداد بتقرير الخبير ، أو تجيب على أسباب تجريح التقرير أو تجيب على الأدلة والحجج الجوهرية الجديدة التى أدلى بها الخصوم بعد كتابة التقرير والتى تؤثر فيما اشتمل عليه من تقديرات .

وفيما يلى أمثلة من قضاء محكمة النقض صدر تأييدا للمبادئ المتقدمة :

حكم بأن عدم ذكر اسماء الشهود الذين سئلوا فى محضر أعمال الخبير وعدم ايراده نص أقوالهم ليس من شأنه أن يبطل الحكم متى كان قد أشار اليهم وأورد مضمون أقوالهم واعتمد تقرير الخبير الذى ذكر أسماءهم وأورد نص أقوالهم مما يكون معه هذا التقرير جزءا متمما للحكم (٢) .

وقضى بأنه اذا كان الحكم قد اعتمد تقرير خبير الدعوى فان هذا التقرير يعتبر فى نتيجته وأسبابه جزءا مكملا لأسباب الحكم فلا يعيبه ان هو لم يبين الأسباب التى استند اليها الخبير فى تقريره (٣) .

واذا استند حكم فى تقدير ربح خصم الى قول الخبير الذى ندبته محكمة الدرجة الأولى دون أن يصرح بأنه يأخذ بالأسباب التى بنى عليها الخبير تقريره

---

(١) أو حصلت اعتراضات أخرى وجهت اليه (نقض ٢ مارس ١٩٥٠ ، رقم ١٢٨ سنة ١٧ قضائية) .

(٢) نقض ٢٥ يونيه ١٩٥٣ ، القضية رقم ٣٨١ سنة ٢١ قضائية . وانظر أيضا نقض ٣٠ أكتوبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ٣٥٩ سنة ٢٠ قضائية .

(٣) نقض ٢١ فبراير ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٠٤ سنة ٢٠ قضائية .

ودون أن يبين عناصر هذا التقدير ، فانه يعتبر أنه أخذ بالنتيجة التى انتهى اليها خبير الدعوى محمولة على الأسباب التى بنيت عليها ، للتلازم بين النتيجة ومقدماتها [1] .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد أثبتت فى حكمها أنها اطلعت على تقرير الخبير ومحاضر أعماله وتحققت من آنه انتقل الى العين محل النزاع وعاينها ، وسمع أقوال الطرفين ، وحقق دفاعهما واطلع على مستنداتهما وطبقها على الطبيعة ثم أخذت بالنتيجة التى انتهى اليها ، وذكرت فى حكمها أنها تأخذ بهذا التقرير للأسباب التى أوردها فيه وكان فى اعتماد المحكمة لتلك الأسباب المدونة فى تقرير الخبير الذى يعتبر متمما للحكم ما يكفى لتسبيب قضائها ، فان الطعن على الحكم بالقصور يكون على غير أساس [2] .

وقضت بأنه اذا كان الخبير المعين من محكمة الاستئناف قد خالف الخبير الذى ندبته محكمة الدرجة الأولى . وكان الحكم الصادر من محكمة الاستئناف قد عنى بفحص الاعتراضات الموجهة الى تقرير الخبير المعين منها ، وكان تقرير هذا الخبير قد ناقش دفاع المعترضين بصورة كافية ، فان أخذ الحكم بتقرير الخبير فى هذا الشأن معناه أنه اتخذ أسباب التقرير أسبابا له ، وفيها ما يفيد ان المحكمة أطرحت أقوال الخبير الأول [3] .

أما اذا كانت المحكمة قد رأت عدم الأخذ بتقرير الخبير للاعتبارات التى أوردتها فلا ينبغى لها أن تعتمد فى حكمها على دليل مستمد من هذا التقرير . وعلى الأخص اذا كان اعتمادها على هذا الدليل لم يكن لمجرد تعزيز أدلة أخرى بل كان هو وحده الذى أقامت حكمها عليه [4] .

---

(١) نقض ٢٨ فبراير ١٩٥٢ ، القضية رقم ٦٨ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ١٣ أبريل ١٩٥٠ ، القضية ١٩٦ سنة ١٨ قضائية .

(٢) نقض ٢٩ مايو ١٩٥٢ ، القضية رقم ١١٥ سنة ٢٠ قضائية ، وانظر أيضا نقض أول يونيه ١٩٥٠ ، القضية رقم ٢٠٢ سنة ١٨ قضائية .

(٣) نقض ٢ مارس ١٩٥٠ ، القضية رقم ١٢٨ سنة ١٧ قضائية .

(٤) نقض ١٥ فبراير ١٩٤٠ ، مجموعة القواعد القانونية ٣ ص ٦٩

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه اذا طعن خصم فى اجراءات خبير الدعوى وفى موضوع تقريره وكانت اعتراضاته على موضوع التقرير بعضها عام وبعضها خاص ببعض المسائل التى بحثها الخبير ، وطلب من المحكمة عدم الأخذ بالتقرير ، وصدر الحكم برفض هذا الطلب دون الاجابة على وجوه النقد الخاصة من هذا التقرير ، كان الحكم متعين النقض لخلوه من الأسباب (١).

وقضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم اذ قضى فى موضوع الدعوى قد أحال بعبارة مجملة على تقرير الخبير والمستندات ولم يقتصر على هذه الاحالة بل أردفها ببيان الأسباب التى استند اليها ، وكانت هذه الأسباب وافية يكمل بعضها بعضا وتكفى لحمله فيما انتهى اليه ، فانه لا يصح النعى عليه بالقصور (٢).

وقضت بأنه اذا ذكر الحكم أن أحدا من الطرفين لم يطعن على تقرير الخبير بأى طعن وأن ذلك يعتبر تسليما منهما بما جاء به ، وبناء على هذا اعتمده وأخذ بالنتيجة التى انتهى اليها . وكان الثابت من المذكرة التى قدمها الشفيع الى المحكمة الابتدائية ، والى محكمة الاستئناف أنه قد طعن على هذا التقرير وتمسك بأن أرضه تجاور الأرض المشفوعة من جهتين وأن لها عليها حق ارتفاق بالرى . وبأن خصومه سلموا له بحقه فى الشفعة منذ اللحظة الأولى ، كما استند الى تقرير خبير استشارى جاء فى نتيجته أن أرضه تحد الأرض المشفوعة من جهتين . فان هذا الحكم اذ لم يرد على شئ من ذلك ، ولم يبين أى سند له فى القول بأن أرض الشفيع لا تجاور الأرض المشفوعة الا من جهة واحدة يكون باطلا لقصور أسبابه (٣).

وقضت بأنه اذا دفع المدعى أمام المحكمة الابتدائية ببطلان تقرير الخبير المعين فى الدعوى لمخالفته نصوص قانون المرافعات ومخالفته الواقع . فاستبعدت المحكمة تقريره وندبت خبيرا آخر . ومع ذلك أخذت المحكمة الاستئنافية

---

(١) نقض فرنسى ٢٠ نوفمبر ١٨٥٤ (دالوز ٥٥ –١–٢٥٩)

(٢) نقض ٢٦ أكتوبر ١٩٥٠ ، القضية رقم ١٨٤ سنة ١٨ قضائية .

(٣) نقض ١٢ أبريل ١٩٤٥ ، القضية رقم ٩٠ سنة ١٤ قضائية .

فى حكمها بتقرير هذا الخبير دون أن تتعرض لأوجه البطلان التى أثارها المدعى أمام المحكمة الابتدائية وأصر عليها أمامها هى أيضا ، ودون أن تفند الأسباب التى من أجلها استبعدته محكمة الدرجة الأولى ، فهذا الحكم يكون معيبا فى تسبيبه بما يستوجب نقضه [1] .

٢٤ – عدم جواز الاستناد الى اجراءات اثبات تمت فى قضية أخرى – استثناء :

القاعدة أنه لا يجوز للمحكمة أن تسند حكمها الى قرائن مستخلصة من أوراق أو مستندات أو اجراءات اثبات قدمت أو تمت فى قضية أخرى غير التى تنظرها ولو كانت بين نفس الخصوم ، اذ يلزم أن تتخذ الاجراءات – ومن بينها اجراءات الاثبات – فى مواجهة طرفى الخصومة وأمام ذات المحكمة التى تفصل فى موضوع الدعوى .

واستثناء من هذا الأصل العام أجاز المشرع – بشروط خاصة – الالتجاء الى القضاء للمحافظة على الدليل قبل رفع الدعوى بالموضوع الى المحكمة المختصة ، وأمام هذه المحكمة يجوز الاستناد على الدليل (راجع المواد ٢٧٧ ، ٢٣١ ، ٢٢٢) [2] .

وتنص المادة ٢/٣٠٤ على أن الحكم باسقاط الخصومة لا يمنع صاحب المصلحة من التمسك باجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التى تمت ما لم تكن باطلة فى ذاتها . ويفترض بطبيعة الحال أن يحصل التمسك بها فى خصومة أخرى ترفع عن نفس الموضوع الذى رفعت به الخصومة التى حكم باسقاطها .

واذا أحيلت القضية من محكمة الى أخرى ، فانه يجوز للمحكمة المحال اليها الدعوى – أيا كان سبب الاحالة – أن تعتمد على النتيجة المستخلصة من اجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التى تمت فى مواجهة الخصوم أمام المحكمة التى رفعت اليها الدعوى أولا متى كانت اجراءات الاثبات صحيحة فى ذاتها [3] ، وذلك تمشيا مع اتجاه النصوص المتقدمة .

(١) نقض ١٢ أبريل ١٩٤٥ ، القضية رقم ١٢٣ سنة ١٤ قضائية ، وانظر أيضا نقض أول ديسمبر ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٥٢٠

(٢) راجع الفقرة رقم ٣٤ من كتاب المرافعات.

(٣) أنظر وقارن كتاب الدفوع ، الطبعة الثانية رقم ٣٤ وما اشرنا اليه من مراجع .

٢٥ ـ ٣ ـ تقدير الأدلة التى اعتمد عليها الخصوم واستندت اليها المحكمة تقديرا يتمشى مع المنطق السليم ـ ضرورة تدوين طريق ثبوت الأدلة ـ المحكمة لا تتقيد بالأدلة والحجج التى يستند اليها خصم الدعوى فى تأييدها أو رفضها بل هى تملك فى سبيل تكوين اقتناعها السليم أن تأمر بما ترى اجراءه لاثباتها(١) :

قدمنا أن قاضى الدعوى له مطلق الحرية فى أن يستخلص قضاءه من واقع اجراءات الاثبات التى أمر بها ، ومن واقع ما فى ملف الدعوى من مستندات وقرائن بشرط أن يتقيد بقواعد الاثبات الموضوعية ويأخذها عن القانون أخذا صحيحا ، وأن يتقيد بالاجراءات الشكلية المقررة فى قانون المرافعات ولا يعتمد على اجراءات باطلة .

وقاضى الدعوى مقيد أيضا عند استخلاص الوقائع الصحيحة بتقديرها تقديرا يتمشى مع المنطق السليم . فان خالفه كان حكمه معيبا ، وهو من ناحية أخرى ملزم بتدوين طريق ثبوت الأدلة حتى تتمكن محكمة الطعن من مراقبة قضائه .

ومتى توافر كل ما تقدم يستوى أن يختار القاضى الاعتماد على شهادة شاهد دون آخر ، أو يعتمد على قرينة دون أخرى من نفس قوتها .

ونذكر فيما يلى أمثلة من القضاء لأحكام اعتمدت على منطق سليم فى استخلاص الوقائع ، وأخرى اعتمدت على منطق مشوب لا يتمشى مع طبيعة الأمور ، وأحكام لم تذكر طريق ثبوت الأدلة التى اعتمدت عليها ، وأحكام لا غبار عليها لأنها فضلت شهادة شاهد على شهادة آخر ، أو اعتمدت على قرينة دون أخرى من نفس مرتبتها وقوتها .

---

(١) استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر ١٩٣٠ مجلة التشريع والقضاء ٤٣ ص ٣١ ، وراجع الأحكام العديدة المشار اليها فى كتاب الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع فى باب حجية الأحكام التمهيدية .

٣٦ ـ أمثلة لتقدير سليم لوقائع الدعوى :

١ ـ اذا كانت المحكمة قد قضت ببطلان عقد البيع الذى يخفى رهنا واستخلصت قرينة بخس الثمن من أوراق الدعوى التى استندت اليها فى تفنيد تقدير الخبير لقيمة الأرض فان حكمها يكون سليما صحيحا فى تسبيبه [١].

٢ ـ اذا كان الحكم بعد أن نفى عن العقود وصف الرهن التجارى من واقع نصوصها أشار الى ما جرى به العرف من التعامل على أساس عقود مماثلة للعقود موضوع النزاع ، وقرر أن القضاء المصرى لم ير فيها ما يخالف القانون فانه يكون فى غير محله ما ينعاه الطاعن على الحكم من أنه أسس قضاءه على ما جرى به العرف مغلبا اياه على نصوص القانون الآمرة [٢].

٣ ـ اذا كانت المحكمة بعد أن حققت وجه البطلان المدعى به خلصت الى أن ذكر أربعة قضاة فى ديباجة الحكم لا يعدو أن يكون خطأ ماديا وأنه لم يشترك فى المداولة فى القضية واصدار الحكم فيها الا ثلاثة قضاة هم المذكورة أسماؤهم بمحضر الجلسة . وكان هذا المحضر مكملا للحكم وكان مجرد الخطأ المادى فى الحكم لا يؤثر فى سلامته وكانت المحكمة قد خلصت الى هذه النتيجة بأسباب سائغة تؤدى اليها ، فان الحكم المطعون فيه اذ قضى برفض الدفع ببطلان الحكم الابتدائى لا يكون قد خالف القانون [٣].

٤ ـ لما كان تقدير الضرورة الداعية للحراسة أو الخطر الموجب لها هو من المسائل الموضوعية . وكانت الأسباب التى أقامت عليها المحكمة قضاءها برفض الحراسة لا تخالف نصوص القانون المدنى التى تجيز للمحكمة القضاء بهذا الاجراء التحفظى اذا ما تجمع لدى صاحب المصلحة فى منقول أو عقار من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا فى بقاء المال تحت يد

(١) نقض ١٠ يونيه ١٩٥٤ ، القضية رقم ٢٢٢ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ٢١ مايو ١٩٥٣ ، القضية رقم ١١٠ سنة ٢١ قضائية ، وراجع أيضا نقض ٢٩ مارس ١٩٥١ ، القضية رقم ١٢٧ سنة ١٩ قضائية .

(٣) نقض ٢٥ يونيه ١٩٥٣ ، القضية رقم ١٤ سنة ٢١ قضائية .

حائزه ، لما كان ذلك ، وكانت الأسباب التى استندت اليها المحكمة فى رفض طلب الحراسة مبررة لقضائها فان النص على الحكم بمخالفة القانون أو القصور فى التسبيب يكون على غير أساس[1].

٥ — متى كانت المحكمة اذ قضت بصحة السند المطعون فيه قد قررت ان اضافة شرطة أفقية الى رقمه الأصلى لا تقطع فى تزوير السند لاحتمال حصول هذه الاضافة وقت كتابته تبعا لطريقة الكاتب الخاصة . فان ما قررته هو أمر يدخل فى نطاق سلطة تقديرها الموضوعية[2].

٦ — متى كانت المحكمة قد كيفت العقد التكييف القانونى الصحيح اذ اعتبرته عقد شركة وتحدثت عما قامت به المطعون عليها من جهد للحصول على تصاريح الاستيراد وأن هذا الجهد كان محل تقدير الطاعن نفسه حتى لقد قبل أن يكون للمطعون عليها لقاء ذلك النصف فى أرباح الشركة محل النزاع ، كما كتب لمدير الشركة المطعون عليها مشيدا بهذا الجهد وبأنه لولاه لاستحال على الطاعن الحصول على التصاريح . وكانت المحكمة قد اعتبرت هذا العمل الذى قامت به الشركة المطعون عليها حصة قانونية بالاضافة الى ما تتمتع به من سمعة تجارية فان حكمها يكون سليما فى أسبابه[3].

٧ — متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة لم تر فيما قاله الطاعن من أن البائعة كانت مريضة مرض الموت عند تحرير عقد البيع الا مجرد ادعاء غير جدى لأن الطاعن لم يقدم دليلا أو حتى قرينة على أنها كانت مريضة ، فان المحكمة — بناء على هذه الأسباب السائغة التى أوردتها — تكون قد رفضت ضمنا طلب الاحالة على التحقيق لاثبات مرض الموت . وهذا لا خطأ فيه فى تطبيق القانون كما لا يشوبه القصور[4].

---

(١) نقض ٢٥ يونيه ١٩٥٣ ، القضية رقم ٩٩ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ٣٠ أكتوبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٠١ سنة ٢٠ قضائية .

(٣) نقض ١٦ أكتوبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ٣٣١ سنة ٢٠ قضائية .

(٤) نقض ٢٧ نوفمبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٦٨ سنة ٢٠ قضائية ، وانظر أيضا نقض ٢٠ نوفمبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٤٤ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ٧ ديسمبر ١٩٥٠ ، القضية رقم ٨ سنة ١٩ قضائية ، ونقض ٣ مايو ١٩٥١ ، القضية رقم ٨٨ سنة ١٩ قضائية .

٨ — متى كان الحكم المطعون فيه اذ قضى بمسئولية الطاعنة عن الضرر الذى لحق المطعون عليهما بسبب غرق ابنهما فى حمام للسباحة أقام قضاءه على ما استخلصه من أوراق الدعوى من أن الطاعنة عينت الملاحظين وهى التى تندب من يقوم منهم بالملاحظة والاشراف على الحمام ، مما تتوافر معه علاقة تبعية هؤلاء الموظفين الى الطاعنة ، وبالتالى مسئوليتها عما يرتكبه هؤلاء التابعون من أخطاء تسبب ضررا للغير فى حالة تأدية وظائفهم أو بسببها ، فانه يكون مما لا جدوى فيه البحث فيما اذا كانت مرتبات موظفى الحمام تدفع لهم عن أعمالهم فى الحمام وحده أو عن أعمال أخرى منضمة اليه (١).

٩ — متى كان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه اذ اعتمد الوفاء الحاصل من المطعون عليه الأول الى المطعون عليه الثانى قد قرر أن الخطاب الذى يعتمد عليه الطاعن فى اثبات علم المطعون عليه الأول بملكيته للبصل المبيع صريح فى أن المطعون عليه الأول يعلم من بواليص الشحن المرسلة اليه باسم المطعون عليه الثانى أن هذا البصل مملوك لشاحنه ولما لم يفده الطاعن عما يجب اتباعه فى شأن تخزين البصل سلم ثمنه للمطعون عليه الثانى على اعتبار أنه هو المالك الظاهر له ، ثم أخذ عليه وصولا بقبض الثمن . وأن المكاتبات المتبادلة بين الطاعن والمطعون عليه الثانى ليست حجة على المطعون عليه الأول لأنها ليست صادرة منه ولا توقيع له عليها . فان هذا الذى قرره الحكم هو استخلاص موضوعى سائغ يكفى لحمله ولا مخالفة فيه للقانون ولا يشوبه قصور (٢).

١٠ — اذا اتخذت المحكمة من عزل الطاعن عن التوكيل باعلام شرعى قرينة اضافتها الى الأدلة والقرائن الأخرى التى أوردتها فى حكمها واعتمدت على كل ذلك فى ان وضع يد الطاعن على الأطيان محل النزاع لم يكن بصفته مالكا وانما كان بصفته وكيلا عن المطعون عليها وبقية الورثة . فلا مخالفة فى هذا لقواعد الاثبات (٣).

(١) نقض ١٣ نوفمبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ٣٠ سنة ٢٠ قضائية .

(٢) نقض ٥ مارس ١٩٥٣ ، القضية رقم ٤٢٨ سنة ٢٢ قضائية .

(٣) نقض ٢٩ نوفمبر ١٩٥١ ، القضية رقم ١٥٤ سنة ١٩ قضائية .

١١– متى كانت المحكمة قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية من ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها أن دعاوى الاسترداد التى رفعت من الغير وقضى فيها جميعا بالرفض كانت دعاوى كيدية أقيمت بايعاز من الطاعن والتواطؤ معه اضرارا بالمطعون عليه ، كما استدلت على كيدية الدعاوى التى رفعها الطاعن على المطعون عليه بمضيه فى التقاضى رغم رفض جميع دعاويه السابقة وباستمراره فى اغتصاب الأطيان موضوع النزاع رغم الأحكام المتعددة الصادرة عليه ، فانه يكون فى غير محله النعى على حكمها بالقصور فى بيان ركن الخطأ فى مسئولية الطاعن (١).

١٢– متى كان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه اذ قضى للمطعون عليه بالتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب الدعاوى الكيدية التى رفعها الطاعن قرر أن مسلك هذا الأخير استنفد من وقت المطعون عليه ومجهوده وماله الشىء الكثير ليجابه نشاط خصمه وان هذه الاجراءات الكيدية التى عانى منها المطعون عليه وأقلقت باله فى مدى أحد عشر عاما تقدر المحكمة عنها المبلغ الذى قضت به فان فى هذا الذى أورده الحكم البيان الكافى لعناصر الضرر الذى قضى بالتعويض عنه (٢).

١٣– متى كانت المحكمة اذ قضت برد وبطلان العقد المدعى بتزويره قد استندت فى ذلك الى ما استخلصته استخلاصا سائغا من أقوال الشهود مضافا اليه القرائن الأخرى التى تضافرت فى تكوين عقيدتها بتزوير العقد موضوع النزاع ، فان حكمها يكون بمنأى عما يعاب عليه ولا يغير من النتيجة التى انتهت اليها ثبوت أن الختم الموقع به على العقد المزور هو ختم المطعون عليها لا ختم مصطنع لها حسبما ذكرته فى شواهد التزوير متى كانت المحكمة قد تبينت من التحقيق الذى أجرته أن التوقيع به حصل بغير علم من المطعون عليها (٣).

---

(١) نقض ١٠ أبريل ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٦٩ سنة ٢٠ قضائية .

(٢) نقض ١٠ ابريل ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٦٩ سنة ٢٠ قضائية .

(٣) نقض أول مايو ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٠١ سنة ٢٠ قضائية .

١٤– متى كان الحكم لم يتخذ قرينة على صحة عقد البيع المقول بصدوره من مورث الخصوم الى المطعون عليها الأولى لم يتخذ من مجرد عدم طعن الطاعنات الثلاث الأخيرات عليه بالتزوير فى الدعوى السابقة المقامة عليهن من المطعون عليها الأولى بطلب تثبيت ملكيتها الى بعض أشجار النخيل المبيعة اليها من المورث بمقتضى العقد سالف الذكر وانما اتخذ هذه القرينة من طعنهن عليه فيها بالصورية مما يفيد اعترافهن بصدوره من المورث . كذلك لم يتخذ الحكم من مجرد حضور الطاعن الأول فى الدعوى السابقة بصفته وكيلا عن احدى الطاعنات الثلاث الاخيرات ، وعدم طعنهن فيها بالتزوير قرينة على صحة العقد . بل اتخذ هذه القرينة من أقواله التى لا ينازع فى أنه أبداها أمام الخبير المعين فى تلك الدعوى والتى تنم عن الاعتراف بصدور عقد البيع من المورث – فان الطعن فى الحكم بالقصور وبالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس [١] .

٢٧ – أمثلة لتقدير مشوب لا يتمشى مع منطق سليم – وجوب الأخذ بظاهر ما تشفه الأوراق والمستندات والقرائن والا وجب ايراد أسباب العدول عن الأخذ بهذا الظاهر :

١ – قضت محكمة النقض بأنه لا يتصور أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها – اعمالا لنص المادة ٢٥٠ [٢] – برد وبطلان عقد لتزويره بعد أن ثبت لها عجز مدعى التزوير عن اثبات ما يدعيه ، وبعد أن اقتنعت المحكمة بصحة ذلك العقد [٣]

٢ – اذا كان الحكم اذ انتهى الى عدم جدية عقد البيع وتواطؤ المشترى فى تحريره قد استدل على ذلك باقرار غير مسجل صادر من البائع فى تاريخ سابق على هذا العقد ولا يتضمن أية اشارة اليه ، فان ذلك يكون استدلالا غير سائغ لا يؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها الحكم [٤].

---

(١) نقض ٨ مارس ١٩٥١ ، القضية ١٣٤ سنة ١٩ قضائية .

(٢) نص هذه المادة « يجوز للمحكمة ، ولو لم يدع أمامها بالتزوير بالاجراءات المتقدمة أن تحكم برد أية ورقة وبطلانها اذا ظهر لها بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة ، ويجب عليها فى هذه الحالة أن تبين فى حكمها الظروف والقرائن التى استبانت منها ذلك .

(٣) نقض ٥ يناير ١٩٥٦ ، القضية رقم ٢٠٤ سنة ٢٢ قضائية .

(٤) نقض ٢٣ فبراير ١٩٥٦ ، القضية رقم ٢٥٠ سنة ٢٢ قضائية .

٣ – متى كانت المحكمة بعد أن قررت فى صدر حكمها أنه كان من الأصوب أن يستصدر المحامى أمرا بتقدير اتعابه من المحكمة القنصلية اليونانية عن القضايا التى فصلت فيها خصوصا وان المذكرات والمستندات أساس المطالبة مكتوبة باللغة اليونانية التى تجهلها المحكمة ولم تترجم بأكملها الى اللغة العربية عادت فأقامت قضاءها للمحامى بما يستحقه من أتعاب عن مباشرة الأعمال القضائية وغير القضائية أمام جهتى التقاضى القنصلى والمختلط على ذات المستندات المقدمة فى الدعوى ومنها المستندات المحررة باللغة اليونانية التى تجهل حقيقتها ، فان حكمها يكون معيبا بعيب التناقض[1].

٤ – اذا قررت المحكمة فى حكمها أن الحصة التى رسا مزادها هى غير الحصة المطالب بها وبأن الأشخاص الذين تلقى الخصم منهم ملكية الحصة التى رسا مزادها عليه هم غير الأشخاص الذين تلقى الطاعن منهم ملكيته ، وكان هذا الذى اعتمدت عليه المحكمة خلوا من بيان مفصل عن المستندات التى استمدت منها تقريرها ، وخلوا من بيان الأدلة والقرائن التى جعلت المحكمة تنتهى الى هذا التقرير – وكان هذا البيان لازما للفصل فى الدعوى فان الحكم يكون معيبا بقصور يبطله ويستوجب نقضه[2].

٥ – لما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع أسست قضاءها بثبوت الربا الفاحش على ان القروض قد عقدت فى ظروف ألمة خلال مدة الحرب فى بلد يحتله العدو على أن تسدد بالعملة المصرية ودونت فى مستندات غير مؤرخة ولم يبين فيها مكان تحريرها وعلى أن ظروف الاستدانة تدل على أن المقترضين كانوا فى حالة ضيق شديد أثناء وجودهم بفرنسا اذ سببت لهم الحرب انقطاع سبل معاشهم فاضطروا للجوء الى الطاعن الثانى وغيره للاقتراض منهم . وكانت هذه الظروف التى اعتبرها الحكم دليلا على ثبوت الربا الفاحش لا تؤدى عقلا الى ثبوته ، ذلك لأن كل مدين لا يلجأ الى الاقتراض عادة الا اذا كان فى ظروف تضطره اليه فليست هذه الضرورة فى حد ذاتها دليلا على ثبوت الربا الفاحش . وكذلك لا يؤدى الى اثباته خلو

---

(١) نقض ١٦ يونيه ١٩٥٥ ، القضيتان رقم ٢١٨ ، ٢٦٧ سنة ٢٣ قضائية .

(٢) نقض ٢٧ نوفبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٢٣ سنة ٢٠ قضائية .

سندات الدين من بيان تاريخ ومكان تحريرها ، وكان للمحكمة متى رجح لديها من قرائن الحال فى الدعوى احتمال مظنة الربا الفاحش أن تحيل الدعوى على التحقيق ليثبت المدينون بمقتضى السندات دفاعهم (١) .

٦ — اذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصورية عقد مورثة الطاعن على جملة قرائن منها القرينة المستمدة من اقامتها مع خالها البائع فى تاريخ العقد وقيام المصاهرة بينهما لوجودها وقتئذ فى عصمة ابنه استنادا الى ما عزاه خطأ الى الشهود الذين سمعوا فى التحقيق الذى أجرى فى الدعوى . وكانت تلك القرائن التى استند اليها وحدة متماسكة تضافرت فى عقيدة المحكمة بحيث أن انهيار احداها يترتب عليه بطلان الحكم فهذا الحكم يكون قد عاره خطأ فى الاسناد يستوجب نقضه (٢) .

٧ — عجز المدعى عليه عن اثبات دفاعه لا يصح أن ينهض فى ذاته دليلا على صحة دعوى خصمه (٣) .

٨ — اذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصورية عقد على أن المشترى قد اشترى العين مع علمه بسبق تصرف بائعه فى هذه العين لغيره وبوضع يد هذا الغير عليها من تاريخ شرائه وتوانيه هو فى رفع دعواه بصحة التعاقد الحاصل معه الى ما بعد مضى سنة من تاريخ سنة عقده . فهذا الحكم يكون قاصرا اذ هذه القرائن لا تؤدى الى الصورية التى انتهى اليها (٤) .

٩ — اذا كانت المدعية قد أقامت دعواها على وزارة المعارف بتعويض الضرر الذى أصابها على أنها اذ كانت تحاول الخروج من مصعد بمستشفى تابع للوزارة وقف المصعد بعد تحركه بقليل وظل معلقا بين الدور الأرضى والدور الأول فقفز منه العامل المنوط به تحريكه ثم قفز بعض زميلاتها اللاتى كن معها فيه ، ثم لما ارادت هى أن تقفز مثلهن تحرك المصعد فجأة وأطبق عليها فسبب لها الاصابات التى احدثت بها الأضرار التى تطالب بالتعويض عنها ، وعزت

---

(١) نقض ١٢ مارس ١٩٥٣ ، القضية رقم ٢٧٥ سنة ٢٠ قضائية ، وأنظر أيضا فى تأييد المبدأ المذكور فى المتن نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٥١ ، القضية رقم ٣٨ سنة ٢٠ قضائية .

(٢) نقض ١٥ نوفبر ١٩٥١ ، القضية رقم ١٥ سنة ٢٠ قضائية .

(٣) نقض ١٧ أبريل ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٥٠ سنة ٢٠ قضائية .

(٤) نقض ١٥ ديسمبر ١٩٤٩ ، القضية رقم ٢٠٧ سنة ١٧ قضائية ، وانظر أيضا فى تأييد المذكور فى المتن نقض ٨ يونيه ١٩٥٠ ، القضية رقم ١٨١ سنة ١٨ قضائية .

ما كان من تحرك المصعد بعد توقفه الى خطأ موجب لمسئولية الوزارة ، فرفضت المحكمة هذه الدعوى على أساس أن المصعدلم يتحرك بعد توقفه مهدرة أقوال شهود المدعية فى صدد هذه الواقعة لما قام لديها من عدم الثقة بهم مغفلة فى ذات الوقت اعترافا صريحا من المدعى عليها بهذه الواقعة دون أن تبين علة اغفاله ، فان حكمها يكون قاصرا ، اذ لو أن المحكمة لم تغفل هذا الاعتراف وتعتبر المدعية عاجزة عن اثبات تلك الواقعة الجوهرية مع تسليم الخصم بها ، وعنيت بتحرى صحتها فربما كان يتغير نتيجة لذلك وجه الرأى فى الدعوى (١).

١٠- اذا كانت المحكمة فى تقديرها أتعاب محام عن عقد قام به قد استندت فى ترجيح دعوى المحامى على دفاع المحكوم عليهم بالاتعاب الى ظروف الدعوى وملابساتها ، دون أن تفصح عن ماهية هذه الظروف والملابسات ، ثم قررت فى حكمها انها راعت فى تقدير أتعاب المحامى ما قام به من تذليل العقبات القانونية التى اعترضت اتمام العقد الذى قدرت عنه الأتعاب وما بذل من جهود فى سبيل بحث مستندات التمليك دون أن تبين سندها فى هذا التقرير الذى كان موضع منازعة من المحكوم عليهم فى الاستئناف المرفوع منهم عن الحكم الابتدائى . فهذا وذاك قصور يبطل حكمها . اذ بدون هذا البيان لا يتسنى لمحكمة النقض أن تراقبها فيما انتهت اليه (٢) .

١١- ان قاضى الدعوى لا يجوز له قانونا أن يطرح ما يقدم له تقديما صحيحا من الأدلة أو الأوراق المؤثرة فى حقوق الخصوم دون أن يورد فى حكمه ما يبرر هذا الاطراح بأسباب خاصة . فاذا هو سكت . لغير علة ظاهرة فى حكمه . عن بحث المستندات التى لم يختلف طرفا الخصومة لا على حجيتها ولا على دلالتها الظاهرة . فان حكمه يكون باطلا لقصور أسبابه . ولا يجديه أن يقال انه فعل ذلك عن طريق تأويل الدليل أو تفسير الورقة فان سلطته فى تفسير الأوراق والمستندات . وفى العدول عن معناها الظاهر

(١) نقض ٩ مارس ١٩٥٠ ، القضية رقم ١٤٦ سنة ١٧ قضائية .

(٢) نقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ ، القضية رقم ١١٧ سنة ١٨ قضائية .

الى المعنى الذى يريد الأخذ به ليست سلطة مطلقة بل هو مقيد بوجوب ايراد الأسباب التى يستند اليها فى ذلك حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة ما اذا كان قد أخذ فى تفسيره باعتبارات معقولة أم لا [1].

١٢ـ متى كان مفاد ما قرره الحكم أنه لم يلق بالا الى حقيقة ما أثبته الخبير فى تقريره مما يغير به وجه الرأى فى الدعوى فانه يتعين نقضه [2].

١٣ـ لا يكفى أن تأخذ المحكمة باقتراح المأمورية فى تقدير أرباح الممول وتصفه بأنه قد بنى على أسس جديرة بالاعتبار دون أن توضح هذا القول . كما لا تملك طرح تقرير الخبير وتقديره والأسباب التى بنى عليها ، وطرح قرار لجنة التقدير وأسبابه دون أن تجيب على هذا أو ذاك [3].

٢٨ ـ اذا تناقضت الأدلة أو تقارير الخبراء وجب على المحكمة أن توائم بينها والا كان حكمها مشوبا ان هى اعتمدت عليها جميعها .

وترتيبا على ما تقدم قضت محكمة النقض بأنه اذا كان يبين مما أورده الحكم أن المحكمة استندت فى قضائها برد وبطلان السند المطعون فيه بالتزوير الى ما ورد بتقريرى الخبيرين المقدمين فى الدعوى رغم اختلافهما فى تحديد مواطن التزوير فى المحرر المذكور وطريقة حصوله ، ولم تبين كيف واءمت بين الرأيين فيهما ـ على ما بينهما من تفاوت ظاهر وعلى استحالة تصور الجمع بينهما . وانها أضافت الى ذلك مشاهدتها الخاصة وقطعت بها فى حصول التزوير فى مسألة اختلفت فيها ابحاث الخبراء دون أن تبين هى مواضع التزوير التى رأتها ودلائله التى اطمأنت اليها فان الحكم يكون قاصر البيان [4].

(١) نقض ١١ يونيه ١٩٣٦ ، القضية رقم ٧ سنة ٦ قضائية . وانظر أيضا فى تأييد المذكور بالمتن نقض ١٤ مارس ١٩٤٠ ، القضية رقم ٢٦ سنة ٩ قضائية .

(٢) نقض ٢٩ مارس ١٩٥٦ ، القضية رقم ٣٤٦ سنة ٢٢ قضائية .

(٣) نقض ٣ أبريل ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٦٦ سنة ٢٠ قضائية .

(٤) نقض ١٥ مارس ١٩٥٦ ، القضية رقم ٣٣٩ سنة ٢٢ قضائية .

وقضت بأنه متى كان الحكم قائما على قرينتين مجتمعتين وكانت احداهما مجردة عن الدليل ولا يبين منه أثر كل واحدة منهما على حدة فى تكوين عقيدة المحكمة بحيث لا يمكن أن يعرف ماذا يكون قضاؤها مع استبعاد احداهما فانه يكون من المتعين نقض الحكم لقصور أسبابه [1].

٢٩ — أمثلة لأحكام لم تذكر طريق ثبوت الأدلة التى اعتمدت عليها ، أو لم تعتمد على أدلة ما فيما قضت به :

١ — اذا كان الحكم قد قال بقيام شركة تضامن بين المدعى والمدعى عليهم دون أن يوضح كيف استخلص من مجموع الأدلة التى استند اليها للقول بوجود شركة بينهم أن هذه الشركة بالذات هى شركة تضامن لا شركة محاصة فانه يكون قاصر البيان متعينا نقضه [2].

٢ — اذا نازع المدعى عليه جهة الوقف فى ملكيتها للأعيان المطلوبة مدعيا أنه بملكها بالشراء من مالكها الحقيقى ، وقضت المحكمة لجهة الوقف بالملكية تأسيسا على مجرد أن الأرض الموقوفة لا يجوز بيعها الا باذن من القاضى الشرعى ، فانها بذلك تكون قد اعتبرت الملكية مسلمة لجهة الوقف . فاذا هى لم تعن ببيان الأدلة التى أقامت عليها هذا الاعتبار المنازع فيه ، كان حكمها قاصر التسبيب متعينا نقضه [3].

٣ — اذا ندبت المحكمة خبيراً لبيان حصة كل من الوقفين محل الدعوى فى العين المؤجرة لتحديد نصيب كل منهما فى تكاليف البناء الذى أحدث ، فلم يبين الخبير ذلك ، ومع هذا أخذت المحكمة بهذا التقرير دون أن تبين سبب عدولها عن ايجاب تنفيذ الحكم التمهيدى ولا علة قضائها بالزام الوقفين معا بمصاريف البناء مما مفاده أنها ألزمتهما بها مناصفة ، فان حكمها يكون قاصر البيان فى هذا الخصوص قصورا يستوجب نقضه [4].

---

(١) نقض ٢٠ أبريل ١٩٥٠ ، القضية رقم ٢٠٥ سنة ١٨ قضائية .

(٢) نقض ٩ أكتوبر ١٩٤٧ ، القضية رقم ١١٤ سنة ١٦ قضائية .

(٣) نقض ٢١ نوفمبر ١٩٤٦ ، القضية رقم ١٣٩ سنة ١٥ قضائية .

(٤) نقض ١٩ يناير ١٩٥٠ ، القضية رقم ٣٩ سنة ١٨ قضائية ، وراجع أيضا فى تأييد ذات المبدأ نقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ — القضية رقم ١٥٤ سنة ١٨ قضائية .

٤ — يكون الحكم قاصراً قصورا يستوجب نقضه اذا اعتبر الدائن مقصرا فى استغلال العين المرهونة دون أن يوضح كيفية ثبوت هذا التقصير ، مكتفيا بعبارة غامضة لا تكشف عن أى معنى[١].

٥ — اذا كان ثمن العين المشفوع فيها محل نزاع بين الخصوم فى دعوى الشفعة مما حدا بمحكمة أول درجة الى احالة الدعوى على التحقيق للوصول الى معرفة حقيقة الثمن ، وسمعت شهود الطرفين اثباتا ونفيا فى هذا الخصوص، فان الحكم المطعون فيه اذ خلا من بيان الدليل الذى استند اليه فى قضائه بالشفعة بالثمن الذى تمسك به الشفيع دون الثمن المسمى فى العقد يكون قد شابه قصور يبطله[٢].

٦ — افتراض الحكم ثبوت اتحاد المبيع فى العقدين دون بيان الدليل على صحة هذا الافتراض هو قصور يستوجب نقضه[٣].

٧ — اذا جاء الحكم قاصرا عن بيان الوسائل غير المشروعة التى استعملت لاكراه الخصم على التوقيع على الاتفاق ، فان الحكم يكون مشوبا يستوجب نقضه[٤].

٨ — اذا اعتبر الحكم الخصومة غير قابلة للتجزئة دون أن يبين كيف توافر الدليل على ذلك ، فانه يكون مشوبا باطلا[٥].

٩ — متى كان الحكم المطعون فيه اذ قضى للخصم بمبلغ معين على سبيل التعويض لم يبين عناصر الضرر الذى قضى من أجله بهذا المبلغ ، فانه يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه[٦].

---

(١) نقض ٢٧ يناير ١٩٥٥ — القضية رقم ٣٩٩ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ٢٢ أكتوبر ١٩٥٣ ، القضية رقم ١٥٨ سنة ٢١ قضائية . وأنظر أيضا فى تأييد نفس المبدأ نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٥١ ، القضية رقم ١٢٨ سنة ١٩ قضائية ؛ ٢٧ نوفبر ٥٢ ، رقم ٢٢٣ سنة ٢٠ قضائية — تقدم ذكر ملخص له فى الفقرة رقم ٢٦ .

(٣) نقض ٢١ ديسمبر ١٩٥٠ ، القضية رقم ٢٢٠ سنة ١٨ قضائية .

(٤) نقض ٨ فبراير ١٩٥١ ، القضية رقم ٩٦ سنة ١٨ قضائية .

(٥) نقض أول مارس ١٩٥١ ، القضية رقم ٢٠٠ سنة ١٨ قضائية .

(٦) نقض ٢٧ مارس ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٠٧ سنة ٢٠ قضائية .

١٠ـ لا يكفى أن تأخذ المحكمة باقتراح المأمورية فى تقدير أرباح الممول وتصفه بأنه قد بنى على أسس جديرة بالاعتبار دون أن توضح هذا القول[1].

٣٠ ــ لا تثريب على المحكمة ان هى آثرت شهادة على أخرى :

القاعدة أن قاضى الدعوى حر فى أن يستخلص من أقوال الشهود ما يطمئنه ويرتاح اليه فى قضائه ، فله أن يعتمد على شهادة دون أخرى ، وتقديره فى هذا الصدد لا يخضع لاشراف أو رقابة ، بشرط أن يكون ما استخلصه من أقوال الشاهد غير مناقض لما هو ثابت بمحضر التحقيق . واذن لا تلزم المحكمة ببيان سبب أخذها بأقوال شهود الاثبات دون النفى اذ ذلك منوط ـ كما قدمنا ـ بتصديقها اياهم واطمئنانها اليهم بغير رقابة عليها[2].

٣١ ــ لا تثريب على المحكمة ان هى اعتمدت قرينة دون أخرى من نفس مرتبتها وقوتها :

القاعدة أن المحكمة لا تتقيد برأى الخبير المنتدب فى الدعوى لتقدير أمر ما بل لها أن تطرحه وتقضى فيها بناء على الأدلة الأخرى المقدمة اليها وذلك دون أن تكون ملزمة بندب خبير آخر متى وجدت فى هذه الأدلة الأخرى ما يكفى لاقامة قضائها[3] .

٣٢ ــ لا تثريب على المحكمة ان هى فضلت قول خبير على آخر :

فاذا كان الخبير المعين من محكمة الاستئناف قد خالف الخبير الذى ندبته محكمة الدرجة الأولى . وكان الحكم الصادر من محكمة الاستئناف قد عنى بفحص الاعتراضات الموجهة الى تقرير الخبير المعين منها . وكان تقرير هذا الخبير قد ناقش دفاع المعترضين بصورة كافية . فانّ أخذ الحكم بتقرير الخبير فى هذا الشأن معناه أنه اتخذ أسباب التقرير أسبابا له . وفيها ما يفيد أن المحكمة أطرحت أقوال الخبير الأول [4].

---

(١) نقض ٣ أبريل ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٦٦ سنة ٢٠ قضائية ، أشرنا اليه فى الفقرة رقم ٢٦ .

(٢) نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ – القضية رقم ٤٥ سنة ١٨ قضائية ، ونقض ٧ مايو ٥٣ – القضية رقم ٢٩٠ سنة ٢١ قضائية .

(٣) نقض ٢٩ مايو ١٩٥٢ – القضية رقم ١٤٦ سنة ٢٠ قضائية .

(٤) نقض ٢ مارس ١٩٥٠ – القضية رقم ١٢٨ سنة ١٧ قضائية .

وقضى بأنه اذا كانت المحكمة قد أخذت فى حكمها بتقرير الخبير الذى انتدبته للأسباب التى اشتمل عليها واعتمدت طريقة التقدير التى اتبعها فذلك مفاده أنها لم تجد فى تقرير الخبير الاستشارى ما يغير وجه الرأى الذى انتهت اليه فى الدعوى[1] ، أو أنها تنبذ ما تعارض من أسباب تقرير الخبير الاستشارى مع أسباب الخبير الذى ندبته[2] [3] .

٣٢ — ٤ — الرد على أدلة الخصوم الجوهرية التى لم تعتمد المحكمة عليها فى حكمها :

ليس يكفى أن يحترم قاضى الدعوى قواعد الاثبات الموضوعية وقواعدها الاجرائية ، وأن يعمل منطقا سليما فى استخلاص الوقائع التى يعتمد عليها فى حكمه ، بل عليه أيضا — حتى يصدر حكمه ناطقا بعدالته — أن يجيب على أوجه دفاع الخصوم الجوهرية ، ويجيب على ما تنطق به مستنداتهم وأوراقهم الهامة التى لم يعتمد عليها . والا اعتبر حكمه باطلا . وكثيرا ما تذكر فى الحكم أسباب وحجج عامة تصلح فى الرد على جميع ما قدمه الخصوم من أدلة وقرائن .

وعند الطعن فى الحكم . يتعين على محكمة الطعن أن تستعرض أسباب الحكم وأسباب الطعن وما تقدم به الخصوم من أدلة وقرائن فى الخصومة التى انتهت بصدور الحكم المطعون فيه وفى الخصومة القائمة أمامها[4]، ويتعين عليها ألا تغفل أوجه الدفاع الجوهرية .

واذا أيدت المحكمة الاستئنافية حكم محكمة الدرجة الأولى ، جاز لها أن تضيف أسبابا جديدة الى أسبابه فيما لا يتعارض معها ، وجاز لها أن تهدر تلك الأسباب وتستحدث أسبابا جديدة ، وجاز لها أن تؤيده بأسبابه .

(١) نقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ — القضية رقم ٢٠٢ سنة ١٨ قضائية .

(٢) نقض ١٥ أكتوبر ١٩٥٣ — القضية رقم ٢٨٦ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ١٩ فبراير ١٩٥٣ — القضية رقم ٢٩ سنة ٢١ قضائية .

(٣) أنظر دراسة تفصيلية فى مدى تقيد القاضى بالحكم الصادر باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات أو بمدى تقيده بنتيجة التحقيق — كتاب الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع رقم ١٤٥ وما يليه .

(٤) فى الحدود الجائزة فى التشريع .

وإذا ألغت المحكمة الاستئنافية حكم محكمة الدرجة الأولى أو شقا منه ، وجب عليها الرد على أسباب الحكم الملغى ، كما يجب عليها أن تبنى حكمها فى الاستئناف على ما يؤيده من الأسباب .

وغنى عن البيان أن اغفال الفصل فى طلب يجيز لصاحب المصلحة الالتجاء الى المحكمة بالاجراءات المعتادة لنظر الطلب والفصل فيه ، بشرط أن يكون الاغفال كليا والطلب طلبا موضوعيا عملا بالمادة ٣٦٨[1].

أما اغفال الفصل فى دفع ما فانه يشف عن رفضه بصورة ضمنية ، ويشترط أن تشتمل أسباب الحكم على ما يبرر القضاء الضمنى فى الدفع ، والا اعتبر الحكم فيه باطلا ، واعتبر الحكم فى الموضوع مبنيا على اجراء باطل ، اذا كان بالفعل مبنيا عليه .

وفيما يلى دراسة تفصيلية لما تعلق بالاجابة على أدلة الخصوم الجوهرية أمام محكمة الدرجة الأولى أو فى الطعن .

٣٣ – ضابط التفرقة بين الدفاع أو الدليل الجوهرى وغير الجوهرى :

ليس هناك بطبيعة الحال ضابط قانونى فى هذا الصدد ، وانما الضابط هو موضوعى بحت وعملى ، فكلما نهض الدفاع أو نطق الدليل أو المستند بأمر لا يتمشى مع ما صدر به الحكم أو مع ما بنى عليه ، ولم يشتمل على ما يصلح اجابة (صريحة أو ضمنية) على هذا أو ذاك ، كان الحكم قاصرا قصورا يستوجب بطلانه . أما اذا كان دفاع الخصم أو دليله لا يغير من وجه الدعوى ولو مع افتراض ثبوته فانه لا تثريب على المحكمة ان هى أغفلته .

وكثيرا ما يكون اتجاه المحكمة فى حكمها الى نحو معين اجابة ضمنية على كل ما يخالف حكمها من أقوال أو مما تشفه المستندات أو القرائن .

٣٤ – اغفال الرد على دفاع جوهرى اذا ثبت فانه يغير وجه الرأى فى الدعوى أو اغفال الرد على مستند هام لم يختلف الخصوم لا على دلالته الظاهرة ولا على حجيته أو رفض اثبات واقعة جوهرية فى الدعوى :

حكم . ترتيبا على ما تقدم ، بأن قاضى الدعوى لا يجوز له قانونا أن يطرح ما يقدم له تقديما صحيحا من الأدلة أو الأوراق المؤثرة فى حقوق

---

(١) كتاب المرافعات رقم ١٥٤

الخصوم دون أن يورد فى حكمه ما يبرر هذا الاطراح بأسباب خاصة . فاذا هو سكت ، لغير علة ظاهرة فى حكمه ، عن بحث المستندات التى لم يختلف طرفا الخصومة لا على حجيتها ولا على دلالتها الظاهرة، فان حكمه يكون باطلا لقصور أسبابه . ولا يجديه أن يقال انه فعل ذلك عن طريق تأويل الدليل أو تفسير الورقة فان سلطته فى تفسير المستندات ، وفى العدول عن معناها الظاهر الى المعنى الذى يريد الأخذ به ليست سلطة مطلقة بل هى مقيدة بوجوب ايراد الأسباب التى يستند اليها فى ذلك[1].

وحكم بأنه متى كان الخصم قد تمسك بأن تنازله عن حق الشفعة مقصور على البيع الذى قد يصدر للغير من جاره المتنازل له والواقع على الأرض المجاورة وبالتالى فانه لا يتعدى الى البيع الصادرة للغير من مشترى هذه الأرض ، ولم يرد الحكم على هذا الدفاع الجوهرى فأنه يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه[2].

وحكم بأنه – فى الدعوى بطلب عزل حارس على سيارة لأنه خالف الحكم بتعيينه اذ انفرد بقبض بعض مبالغ من ايراد السيارة واستباحها لنفسه ولم يوزعها على أصحاب الحق فيها – فى هذه الدعوى اذا قدم المدعون كشفا من الشركة المستغلة للسيارة تفيد قبض الحارس للمبالغ المتقدمة ، فان الحكم الصادر فيها يكون باطلا ان هو قرر أن الدعوى خلو من الدليل المثبت لها واطراح الدليل الذى اعتمد عليه المدعون دون أن يبين سبب هذا الاطراح مع لزوم هذا البيان[3].

وحكم بأنه متى كان المدعى عليه بالتزوير قد طلب الى محكمة الموضوع اجراء مضاهاة بين خط الورقة المطعون فيها بالتزوير وبين خط خصم آخر فى ايصالات قدمها وذلك الى جانب طلبه التحقيق لاثبات تسلمه الورقة

---

(1) نقض ١١ يونيه ١٩٣٦ – القضية رقم ٧ سنة ٦ قضائية .

(2) نقض ٢٠ مارس ١٩٥٢ – القضية رقم ٨٧ سنة ٢٠ قضائية .

(3) نقض ٧ يونيه ١٩٥١ – القضية رقم ٦٦ سنة ٢٠ قضائية .

المذكورة بحالتها من هذا الخصم باعتبار أنه وكيل دائرة الطاعن بالتزوير ، وكانت المحكمة اذ قدرت ان أقوال الشهود لم تقطع فيما أجرى التحقيق بشأنه ، لم تستجب الى طلب المضاهاة ولم ترد عليه فى حكمها ، فان الحكم يكون قد أغفل عنصرا هاما من عناصر دفاع جوهرى مما يكون من شأنه لو ثبت أن الورقة محررة بخط ذلك الخصم أن يتغير وجه الرأى فى الدعوى ويكون الحكم قد شابه قصور يبطله ويستوجب نقضه[1].

وقضت محكمة النقض بأنه لا وجه لمساءلة الناقل عن فقد بعض ما تولى نقله الا أن يقوم الدليل المقنع على أن الفقد حصل يقينا أثناء النقل ، فاذا كان قد طالب بالتحقق من ذلك وأغفل الحكم الرد على هذا الدفاع الجوهرى ولم يشر اليه فانه يكون قاصرا قصورا يعيبه[2].

وقضت بأن لدعوى الشفعة شروط خاصة بخلاف الشروط العامة التى تنعقد بها الخصومة فى الدعوى ، فاذا كان أحد الخصوم فى دعوى الشفعة قد تمسك بعدم توافر شروط توجيهها اليه باعتبار أنه المشترى الثانى وأنه سجل عقده قبل تسجيل اجراءات دعوى الشفعة الموجهة الى المشترى الأول ، ولم يتناول الحكم هذا الدفاع بأى رد ، ولم يقم قضاءه بجواز نظر دعوى الشفعة على أسباب مؤدية اليه . فان الحكم يكون معيبا بالقصور المبطل له[3] .

وقضت بأنه متى كان الخصم قد دفع لدى محكمة الدرجة الثانية بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة . لأنه لا يملك المنزل الذى يطالب المدعى بتعويض عن هدمه . وكانت المحكمة قد أغفلت الرد على هذا الدفع مع ما له من أثر فى الفصل ، فان حكمها يكون قد شابه قصور يبطله[4].

---

(١) نقض ١٢ يناير ١٩٥٦ ، القضية رقم ١٨٢ سنة ٢٢ قضائية .

(٢) نقض ٢٢ مارس ١٩٥٦ ، القضية رقم ٣١٠ سنة ٢٢ قضائية .

(٣) نقض ٢١ يونيه ١٩٥٦ ، القضية رقم ١١٩ سنة ٢٣ قضائية .

(٤) نقض ٢٢ أكتوبر ١٩٥٣ ، القضية رقم ١٧٣ سنة ٢١ قضائية . يبدو أن الأوفق ، فى القضية المتقدمة ، أن يعد الحكم فى الموضوع مبنيا على قضاء ضمنى غير مسبب برفض الدفع ، أى يعد مبنيا على اجراءات باطلة .

وقضت بأنه اذا كان الثابت أن الخصم قد تمسك بأنه دفع كامل ثمن المبيع بموجب ايصالات قدمها الى المحكمة ، فان حكمها يكون مشوبا بالقصور ان هو لم يحقق هذا الدفاع[1].

وقضت بأنه متى كان الحكم اذ قضى برفض دعوى بطلان البيع الصادر من الطاعن الى المطعون عليه الأول أقام قضاءه على انتفاء الصورية المطلقة بناء على ما ثبت للمحكمة من أن للعقد المطعون فيه كيانا حقيقيا ، ولم يتعرض لما تمسك به الطاعن من أن الوصف الحقيقى لهذا العقد هو أنه ليس بيعا كظاهر نصوصه ، وانما هو رهن مستتر للأطيان المبينة فيه تأمينا لما عساه أن يدفعه عنه المطعون عليه الأول مما يفيد أن الطاعن انما أسس دعواه على الصورية النسبية دون الصورية المطلقة، فان هذا الحكم يكون قد أخطأ فى تكييف الدعوى وشابه القصور [2].

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين من الأوراق أن الطاعن تمسك فى كافة مراحل التقاضى بأن المطلات المشار اليها فى طعنه لا يمكن أن تكسب حق ارتفاق المطل والنور والهواء لانها مفتوحة على أرض فضاء ومتروكة على سبيل التسامح وأن التسامح لا يكسب حقا . وكان هذا الدفاع من شأنه لو ثبت أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، وكان الحكم خلوا من التحدث عنه . فانه يكون قد شابه قصور يبطله فى هذا الخصوص[3].

وقضت بأنه متى كان يبين من الأوراق المقدمة أن الطاعنة تمسكت فى جميع مراحل دعوى اثبات التعاقد المرفوعة منها انها كسبت ملكية العقار موضوع النزاع بوضع يدها عليه المدة الطويلة المكسبة للملكية ، وبان تحرير عقد بيع من نفس البائعة الى المطعون عليهما عن هذا العقار وقيامهما بتسجيل عقدهما لا يؤثر على التملك بوضع اليد ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه خلو

(١) نقض ٢١ نوفبر ١٩٥٣ – القضية رقم ٤٢٧ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ١١ مارس ١٩٥٤ – القضية رقم ٧٩ سنة ٢١ قضائية ، وأنظر أيضا نقض ٢٥ نوفبر ١٩٥٤ – القضية رقم ٢٥٨ سنة ٢١ قضائية .

(٣) نقض ٣٠ أكتوبر ١٩٥٢ – القضية رقم ٣٥٩ سنة ٢٠ قضائية .

من التحدث عن هذا الدفاع ، وهو دفاع جوهرى له أثره لو صح فى تغير وجه الرأى فى الدعوى ، فان هذا الحكم يكون قد عاره قصور يبطله ، مما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص[1].

وقضت بأن الحكم يكون قاصرا اذا تمسك خصم بأن الاتفاق – محل النزاع – معلق على شرط واقف لم يتحقق، وأغفل الحكم هذا الدفاع الجوهرى ولم يجب عليه[2].

وقضت بأنه فى الدعوى بنزع الملكية للمنفعة العامة اذا طلبت الحكومة أن يراعى فى تقدير التعويض ما عاد من فائدة على باقى الأرض بسبب المشروع الذى نزعت من أجله الملكية ، فانه يكون لزاما على المحكمة أن ترد على هذا الدفاع الجوهرى ، والا كان حكمها مشوبا بالقصور واجبا نقضه[3].

وقضت بأنه اذا طلب ممول احترام وتنفيذ اتفاق تم بينه وبين مصلحة الضرائب بشأن تعديل تقدير أرباحه ، كان من المتعين على المحكمة البحث فى وجود هذا الاتفاق أو عدم وجوده [4].

وقضت بأن تزوير المحرر كما يكون بتقليد الامضاء قد يكون أيضا بتغيير عبارته . واذن متى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن ارتكن على الأمرين معا فمن واجب المحكمة الاجابة عليهما معا والا كان حكمها باطلا[5] .

---

(١) نقض ١٦ أكتوبر ١٩٥٢ – القضية رقم ٢٨٧ سنة ٢٠ قضائية ، كذلك الحال اذا تمسك مدعى الملكية بتملكه العقار بوضع اليد وطالب باحالة الدعوى الى التحقيق فلم تجبه المحكمة الى طلبه اذ لا تناقض بين التمسك بعقد تمليك ووضع اليد فى ذات الوقت – نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤ – القضية رقم ٢٨٠ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ١٦ ابريل ١٩٥٣ – القضية رقم ٢٣٤ سنة ٢٠ قضائية ، وأنظر أيضا نقض ٢٦ مارس ١٩٥٣ – القضية رقم ٢٢٦ سنة ٢٠ قضائية . ونقض ١٧ ابريل ١٩٥٢ – القضية رقم ١٤٠ سنة ٢٠ قضائية .

(٣) نقض ٢٩ نوفبر ١٩٥١ ، القضية رقم ١٧٨ سنة ١٩ قضائية .

(٤) نقض ٦ ديسمبر ١٩٥١ – القضية رقم ١١٥ سنة ١٩ قضائية .

(٥) نقض ٢٩ مارس ١٩٥١ – القضية رقم ١٦٠ سنة ١٩ قضائية .

وقضت بأنه اذا كان الطاعن قد تمسك فى دفاعه بأنه ان جاز اتخاذ قرينة ضده من ورقة هى من صنع خصمه فان الاسم الوارد فى هذه الورقة لا يتفق مع أسمه هو ، وكان الحكم الذى اعتمد على هذه الورقة لم يرد على هذا الدفاع مع أهميته فانه يكون قاصراً [١] .

وقضت بأنه اذا دفع أحد الخصوم بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، وتمسك فى تأييده بوجوه مؤثرة ، ولم ترد المحكمة عليها بما يوضح حقيقة الأمر فان حكمها يكون باطلا [٢] .

وقضت بأن رفض اثبات واقعة جوهرية فى الدعوى يستوجب نقض الحكم [٣] .

٣٥ — التجاوز عن اغفال دفاع غير جوهرى أو عن عدم الاجابة على مستند غير هام أو طلب الاحالة على التحقيق [٤] متى كان كل هذا لا يغير وجه الدعوى ولو مع ثبوت الدليل المستخلص منه :

القاعدة أنه لا تثريب على المحكمة ان هى أغفلت دفاعا غير جوهرى أو لم تجب على مستند غير هام ، أو لم تجب طلب الخصم الاحالة على التحقيق متى كان كل هذا لا يؤثر فيما تقضى فيه ولا يغير وجه الدعوى ولو مع افتراض ثبوت الدليل المستخلص مما تقدم .

وترتيبا على ما تقدم قضت محكمة النقض بأن النعى على الحكم بالقصور لعدم رده على خطاب صادر من مدير مصلحة الاملاك الى وزير المالية يشير فيه الى أن الأطيان موضوع النزاع قد بيعت الى أشخاص آخرين ويبدى رغبته

---

(١) نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٥١ — القضية رقم ١٢٨ سنة ١٩ قضائية . وانظر أيضا نقض أول يونيه ١٩٥٠ — القضية رقم ١٥١ سنة ١٨ قضائية ، ونقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ — القضية رقم ١٢٧ سنة ١٨ قضائية ، ونقض ١٠ مايو ١٩٥١ — القضية رقم ٦٣ سنة ١٩ قضائية .

(٢) نقض ٢٣ مارس ١٩٥٠ — القضية رقم ١٤١ سنة ١٨ قضائية .

(٣) نقض ٣ يناير ١٩٥٢ — القضية رقم ١٤٢ سنة ١٩ قضائية .

سوف ندرس هذا الموضوع دراسة تفصيلية عند معالجة مدى الزام المحكمة باجابة طلب الخصم اتخاذ اجراء اثبات ما .

(٤) نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٥٦ — القضية رقم ٢٦ سنة ٢٣ قضائية .

فى تعويض مدعى ملكيتها بأطيان أخرى مقابل ثمن منخفض هو نعى غير منتج متى كان لم يقدم ما يدل على أن الوزير صاحب الشأن وحده فى قبول هذه الرغبة قد وافق عليها [1].

وقضت بأنه متى كانت المحكمة بعد أن حصلت دفاع الطاعنين ـ الشفعاء ـ ومؤداه أنهم كانوا يجهلون مساحة العقار المبيع وعنوان البائعة فندت هذا الوجه من الدفاع بالأدلة السائغة التى أوردتها فان هذا منها لا يعتبر تكييفا للدعوى مخالفا للتكييف الذى ارتضاه طرفاها بل هو قيام منها بواجب الرد على كل ما يطرح أمامها من وجوه الدفاع الجوهرية ، وهى اذ حصلت من عناصر الدعوى أن علم الطاعنين بالبيع كان شاملا لكافة البيانات التى أوجبها القانون وعلى أساسها كانوا يستطيعون استعمال حق الشفعة فى الميعاد القانونى وأنهم رغم هذا العلم لم يبدوا فيها الابعد فوات الأجل المحدد قانونا ورتبت على ذلك سقوط حقهم فى الشفعة فانها بذلك لا تكون قد خالفت القانون أو جاوزت نطاق الخصومة المطروحة عليها[2].

وقضت بأنه متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة استخلصت من التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة أن عقد البيع الصادر للمطعون عليهما الأولين هو عقد جدى فيكون ما ينعاه الطاعن على هذا الحكم من أن المحكمة لم تبحث دفعه بصورية عقد المطعون عليهما الأولين هو نعى فى غير محله [3].

وقضت بأنه بحسب المحكمة أن تبين فى حكمها الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها ، وهى بعد غير ملزمة أن تتبع الخصوم فى مناحى أقوالهم ومختلف حججهم وأن ترد استقلالا على كل قول أو حجة أثاروها فى دفاعهم[4].

---

(1) نقض ٢٥ نوفبر ١٩٥٤ – القضية رقم ٢٣٣ سنة ٢١ قضائية .

(2) نقض ٥ أبريل ١٩٥١ – القضية رقم ٥٢ سنة ١٩ قضائية .

(3) نقض ٢٩ يناير ١٩٥٣ – القضية رقم ٣٠٥ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ١٨ يناير ٥١ – رقم ٣٤ سنة ١٩ قضائية .

(4) نقض ٣ يناير ١٩٥٢ – القضية رقم ١٢٥ سنة ١٩ و ٣٧ سنة ٢٠ قضائية .

وقضت بأنه اذا أنكر خصم التوقيع على محرر ولم يكن لهذا الانكار من أثر فى سير الدعوى – أى لا يتغير به وجه الحكم فى الدعوى – فانه يعتبر دفاعا غير جوهرى ، ولا تثريب على المحكمة ان هى أغفلته [1] ..

وقضت بأنه ما دامت المحكمة قد عنيت فى حكمها بتمحيص الوقائع الجوهرية التى تعرض لها الخصوم فى صدد صحة السند محل الدعوى أو تزويره، وناقشت الأدلة على ذلك من تقارير خبراء الى تقريرات الخصوم عن كنه السند وماهيته والغرض منه ، وانتهت من كل هذا الى نتيجة استخلصتها من أسباب مؤدية اليها، فلا يعيب حكمها سكوته عن أوراق مقدمة من المتمسك بالسند ليس من شأنها أن تؤثر فى الحقيقة التى اقتنعت بها[2].

٣٦ – لاتثريب على المحكمة ان أغفلت دفاعا عدل عنه الخصم صراحة أو ضمنا، أو لم يدل الخصم به على وجه الاطلاق أمام محكمة الموضوع وتمسك به لأول مرة فى النقض :

فاذا كان الحكم المطعون فيه لم يأخذ بما نص عليه فى عقد البيع المقول بصدوره من مورث الخصوم الى ولده الطاعن فى فترة مرض موته من دفع الثمن قد استند الى ما تبينه من مجموع التحقيقات وظروف الدعوى وملابساتها. وكان الطاعن لم يقدم ما يثبت أنه تحدى لدى محكمة الموضوع بأنه دفع مقابلا لما اشتراه فان ما ينعاه عليه الطاعن من بطلان لاستناده الى وقائع لا تتفق مع الأوراق المقدمة فى الدعوى ولا تؤدى الى ما انتهى اليه فيها يكون فى غير محله[3].

وقضت محكمة النقض بأن النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون استنادا الى أنه اذ قضى لاحدى المدعيات بابطال العقد فى حين أنه سبق أن قضى بابطال المرافعة [4] بالنسبة لها يكون قد قضى لمصلحة شخص غير ممثل فى الدعوى . وهذا النعى لا تقبل اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض[4].

---

(١) مجموعة أحكام محكمة النقض – السنة الأولى – القاعدة رقم ١١٣ ص ٤٤٠

(٢) نقض أول يونيه ١٩٥٠ – القضية رقم ١٧٥ سنة ١٨ قضائية .

(٣) نقض ٣ مايو ١٩٥١ – القضية رقم ٨٨ سنة ١٩ قضائية .

(٤) الحكم المتقدم – ابطال المرافعة – فى ظل القانون القديم – هو سقوطها واعتبارها كأن لم تكن بمقتضى حكم يصدر بناء على طلب المدعى عليه لتخلف المدعى عن الحضور فى الجلسة المحددة لنظر القضية التى اقامها .

وقضت بانه متى كان الثابت من أوراق الدعوى أن ما دفع به الطاعنون من أن المورث وقت التعاقد كان فى مرض الموت هو قول عابر ولم يقدموا ما يثبت أنهم طلبوا الى محكمة الموضوع احالة الدعوى على التحقيق لاثبات هذا الدفاع أو أنهم قدموا اليها دليلا عليه، كما لم يقدموا ما يثبت أنهم أثاروه لدى محكمة الاستئناف، فانه لا يعيب الحكم المطعون فيه اغفاله الرد على هذا الدفاع الذى تخلى عنه الطاعنون [١].

وقضت بأنه اذا كان الطاعن قد تمسك فى صحيفة استئنافه فى خصوص مبلغ كان يطالبه به المطعون عليه الأول ، لاخلاله بالتزاماته بأنه فى حقيقته تعويض لايستحق الا بعد اعذاره وأنه لم يوجه اليه اعذارا . وكان لم يتمسك بهذا الوجه من دفاعه فى مذكرته الأخيرة أمام محكمة الاستئناف . وانما قال أنه سدد هذا المبلغ الى المطعون عليه الأول. فان فى هذا ما يفيد تركه التمسك بالوجه المشار اليه ويكون النعى على الحكم بالقصور لعدم تناوله هذا الدفاع على غير أساس[٢].

٣٧ — لايلزم الرد — استقلالا — على كل ماقاله الخصوم ، خاصة إذا لم يتعلق بذات موضوع الدعوى :

قضت محكمة النقض بأنه اذا انحصر النزاع بين الورثة فى دعوى تثبيت الملكية فى أن كلا منهم يتمسك بوضع يده على أرض النزاع المدة الطويلة المكسبة للملكية . وكان الحكم اذ قضى برفض الدعوى قد أقام قضاءه —لأسباب سائغة— على أن وضع يد أحد الورثة المتنازعين لم يقم عليه دليل مقنع فانه لا يفيد هذا الوارث التمسك أمام محكمة النقض باقرار عن تقسيم جميع أطيان التركة بعد وفاة المورث الأصلى لم يتمسك هو به أمام محكمة الموضوع .

(١) نقض ٧ فبراير ١٩٥٢ — القضية رقم ٦٠ سنة ٢٠ قضائية .

(٢) نقض ٢٢ يناير ١٩٥٣ — القضية رقم ٣٢٧ سنة ٢٠ قضائية — وانظر أيضا نقض ٢٦ يناير ١٩٥٦ — القضية رقم ٢٢٥ سنة ٢٢ قضائية — نشير اليه فى الفقرة التالية . وانظر أيضا فى تأييد المبدأ المذكور فى الحكم نقض ٢٨ ديسمبر ١٩٥٠ — القضية رقم ١٤ سنة ١٩ قضائية .

كما لا يفيده مطالبة باقى الورثة بتقديم عقد بيع صورى ادعوا بوجوده للتدليل على بقاء أرض النزاع على ملكية المورث الأصلى ولا التمسك بالاعلامات الشرعية الخاصة بالتوريث مما لا يخرج كله عن كونه جدلا موضوعيا فيما لا يرد على مقطع النزاع وهو وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية[1].

وقضت بأن المحكمة ليست فى حاجة الى الرد استقلالا على كل ما يثيره الخصم متى كانت أسباب الحكم مؤدية الى ما انتهى اليه ، ولها أصلها الثابت بالأوراق[2].

وقضت بأنه لما كان للخصم أن يدلى بجميع أوجه تأييد طلبه أو أوجه دفاعه أمام المحكمة سواء فى صحيفة دعواه أم فى مرافعته الشفوية أو التحريرية ، وكان للمحكمة أن تقيم قضاءها على واحد من هذه الأوجه متى كان يكفى لحمل الحكم مطرحة باقى الأوجه . فانه يكون فى غير محله ما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه من القصور فى التسبيب والاخلال بحقه فى الدفاع لاقامة قضائه على الدعامة التى ذكرها المطعون عليه فى مرافعته بالجلسة دون الدعامة الواردة فى صحيفة الدعوى [3].

وقضت أيضا بانه بحسب المحكمة أن تبين فى حكمها الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها . وهى بعد غير ملزمة أن تتبع الخصوم فى مناحى أقوالهم ومختلف حججهم وأن ترد استقلالا على كل قول أو حجة أثاروها فى دفاعهم [4].

٣٨ — الغاء الحكم المطعون فيه أو تعديله يقتضى الرد على أسبابه الجوهرية :

متى ألغت محكمة الطعن الحكم المطعون فيه وجب عليها الرد على أسباب الحكم الابتدائى ، فضلا عن تسبيب قضائها بما يستقيم معه[5].

---

(١) نقض ٢٦ يناير ١٩٥٦ — القضية رقم ٢٢٥ سنة ٢٢ قضائية .

(٢) نقض ٣١ مايو ١٩٥٦ — القضية رقم ٣٩٢ سنة ٢٢ قضائية .

(٣) نقض ٧ مايو ١٩٥٣ — القضية رقم ٢٩٦ سنة ٢٠ قضائية .

(٤) نقض ٣ يناير ١٩٥٢ — القضية رقم ١٢٥ سنة ١٩ و ٣٧ سنة ٢٠ قضائية .

(٥) نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٥١ — القضية رقم ٦٢ سنة ١٩ قضائية .

وقضت محكمة النقض – اعمالا لما تقدم – بأنه اذا كان الحكم الابتدائى حين تحدث عن التحقيقات التى أجريت فى الدعوى قد بين أنها لا تؤدى الى اثبات دعوى المدعى ، ثم اعتبرها الحكم المطعون فيه مؤدية الى ذلك دون أن يبين ما ورد فيها مؤيدا لهذه الدعوى ومفندا لما ذهب اليه الحكم الابتدائى بشأنها كان هذا الحكم قاصرا قصورا يعيبه[1].

وقضت بأنه اذا قررت محكمة الاستئناف أن النزاع بين الخصوم قد انحصر فى أمرين فقط وبنت حكمها على الفصل فيهما ، وكان الحكم المستأنف قد تناول عدة أمور أخرى جوهرية فى مصير الدعوى غير هذين الأمرين ، فانه يكون على محكمة الاستئناف – اذا قضت بالغاء الحكم المستأنف أو تعديله – أن تبين أسباب مخالفتها له ، والا كان حكمها قاصر الأسباب متعينا نقضه.[2]

وقضت أيضاً بوجوب تفنيد محكمة الاستئناف لأسباب الحكم الابتدائى الذى ألغته – ولو كانت فيما قضت به قد أخذت بالوقائع التى رتب عليها الحكم الابتدائى قضاءه – بل ان هذا أدعى فى الزامها بالرد على أسبابه[3].

وقضت بأنه اذا صدر حكم من المحكمة الابتدائية فقرر أن العقار تابع للملك خاص لا للاملاك العامة ، وأحال الدعوى الى التحقيق لأثبات تملك العقار بوضع اليد . ثم ألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم . واقتصرت أسبابها على ما تعلق بالحكم الصادر باجراء التحقيق فان حكمها يكون معيبا متعينا نقضه . ولا يغنى القول بأن حكم الاستئناف يؤخذ منه أنه اعتبر ضمنا أرض النزاع من الاملاك الخاصة اذ المقام مقتضاه أن تتحدث المحكمة فى صراحة عن تلك الأرض من جهة صفتها التى تناولها الاستئناف وتورد الأسباب المؤيدة لوجهة نظرها[4].

---

(١) نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٥١ – القضية رقم ١٢٨ سنة ١٩ قضائية . ونقض ٩ نوفمبر ١٩٥٠ – القضية رقم ١٢٠ سنة ١٨ قضائية ، ونقض ٥ يناير ١٩٥٦ رقم ٥٣٢ سنة ٢٢ ، وأنظر أيضا نقض ٧ يونيه ١٩٥١ – القضية رقم ٦٦ سنة ٢٠ قضائية – تقدمت الاشارة اليه فقرة رقم ٣٣ .

(٢) نقض ٢٧ ابريل ١٩٤٤ – القضية رقم ١ سنة ١٣ قضائية .

(٣) نقض ١٣ مايو ١٩٤٣ – القضية رقم ٧٨ سنة ١٢ قضائية .

(٤) نقض ٧ ديسمبر ١٩٣٩ – القضية رقم ٢١ سنة ٩ قضائية – مجموعة القواعد القانونية ٣ ص ١٢

٣٩ – لا تثريب على محكمة الطعن ان هى أغفلت الرد على سبب غير جوهرى من أسباب الحكم المطعون فيه أو من أسباب الطعن :

بحسب محكمة الطعن أن تبين فى حكمها أسباب ما قضت به وأسباب الغائها للحكم المطعون فيه أو أسباب تعديلها له ، وهى بعد غير ملزمة أن تتبع كل أسباب الحكم المطعون فيه وكل أسباب الطعن ومختلف حجج الطاعن والمطعون عليه وأن ترد استقلالا على كل قول أو حجة أثيرت عند نظر الخصومة فى الطعن .

وترتيبا على ما تقدم قضت محكمة النقض بأن محكمة الاستئناف غير ملزمة بالرد على كل أسباب الحكم المستأنف ما دام قضاؤها مبنيا على أساس سليم [١]. وخاصة اذا كانت أسباب الطاعن هى فى حقيقتها تتعلق بدعوى اخرى قضت المحكمة باعادتها الى محكمة الدرجة الأولى للسير فيها [٢]. أو كانت محكمة الاستئناف قد اعتبرت فى أسباب حكمها ردا ضمنيا مسقطا لبعض قرائن الخصوم التى أغفلت الرد عليها [٣].

٤٠ – الاحالة فى تقدير الوقائع أو فى التسبيب على وجه العموم على أسباب الحكم المطعون فيه – شروط هذه الاحالة :

قدمنا أن الأصل أن يكون كل حكم مستوفيا فى ذاته جميع أسبابه ، ومع ذلك يجيز الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر أن تحيل المحكمة فى تسبيب حكمها على ما جاء فى أسباب حكم آخر سبق صدوره فى نفس القضية [٤] . ومن ثم يجوز لمحكمة المعارضة أو للمحكمة الاستئنافية أن تحيل فى تسبيب حكمها على أسباب الحكم المطعون فيه .

---

(١) نقض ٩ فبراير ١٩٥٦ – القضية رقم ٢٤٧ سنة ٢٢ قضائية – مجموعة أحكام النقض ٧ – ١ – ٢٠٥

(٢) نقض ٣٠ أكتوبر ١٩٥٢ – القضية رقم ٢٠٠ سنة ٢٠ قضائية – مجموعة أحكام النقض ٤ – ١ – ٤٥ وانظر أيضا فى تأييد المبدأ المذكور فى المتن نقض ١٩ مارس ١٩٥٣ – القضية رقم ٢٩٨ سنة ٢٠ – المجموعة ٤ – ٢ – ٦٨٧ ، ونقض ١٠ نوفبر ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ١٣٩

(٣) نقض ٢٦ أكتوبر ١٩٥٠ – القضية رقم ٧٨ سنة ١٨ قضائية – المجموعة ٢ – ١ – ٩ ، ونقض ١٤ ديسمبر ١٩٥٠ – رقم ٧٣ سنة ١٩ – المجموعة ٢ – ١ – ١٦٨ ، ونقض ٢ مارس ١٩٥٠ – رقم ١١٢ سنة ١٨ ، ونقض ٩ مارس ١٩٥٠ – رقم ١٢٢ سنة ١٨ . ونقض ١٦ مارس ١٩٥٠ رقم ٥١ سنة ١٩ قضائية .

(٤) الفقرة رقم ١٥

ويشترط ما يأتى لاعمال الاحالة ولصحة الحكم الصادر معتمدا عليها :

١ — أن تقرر المحكمة هذه الاحالة بشرط التعريف على الحكم المحال عليه بذكر تاريخه وموضوعه ، ويعد تأييدها للحكم المطعون فيه أخذا بأسبابه نظرا للتلازم بين النتيجة ومقدماتها ، بشرط أن تقرر هذا التأييد بلفظه .

٢ — أن تكون الأسباب المحال عليها سائغة غير مشوبة بأى قصور .

٣ — أن يكون الحكم المحال عليه قد صدر فى نفس الدعوى وبين الخصوم أنفسهم [١]. وأن يكون قد أودع ملف الدعوى وأصبح بذلك ورقة من أوراقها .

ويتجه الرأى فى فرنسا الى جواز الاحالة على أسباب حكم صدر بين نفس خصوم الدعوى فى قضية أخرى متصلة بذات الموضوع [٢].

وتجوز الاحالة على ما جاء فى حكم المحكمة بالشروط المتقدمة والتالية [٣]، أو على ما جاء بحكم تمهيدى اشتمل على قضاء قطعى [٤].

٤ — أن يكون الحكم المحال عليه قائما لم يقض بالغائه ، صحيحا لم يتمسك خصم ببطلانه ، ومن باب أولى لم تبطله محكمة الطعن .

واذا عن للمحكمة الاعتماد على أسباب الحكم المطعون فيه — والذى حصل التمسك ببطلانه أمامها — وجب عليها أن تقضى بصحته صراحة أو ضمنا ، مع بيان أسباب ذلك .

---

(١) فلا تجوز الاحالة على حكم صدر فى دعوى أخرى، ولو كانت وقائعها والقاعدة القانونية الواجبة التطبيق متشابهة مع تلك — نقض ٢٤ مايو ١٩١١ دالloz ١٤ — ١ — ٢٥١ و ٢١ يونيه ٢٢ — جلاسون ٣ رقم ٧٤٦

(٢) نقض ٢٥ يوليه ١٨٦٤ سيرى ٦٤ — ١ — ٤٥٢ . ونقض ١٣ أبريل ١٨٩٢ سيرى ٩٦ — ١ — ٤٣٦ — وانظر نقض ٧ نوفمبر ١٩٢٨ داللوز ١٩٢٩ — ٣

(٣) جلاسون ٣ رقم ٧٤٦ والأحكام العديدة المشار اليها وزراتور داللوز للمرافعات والأحكام العديدة المشار اليها فى رقم ٣٢٧

(٤) نقض فرنسى ١٦ فبراير ١٩٥٤ مجموعة النقض الفرنسى ١٩٥٤ — ٣ — ٣٩

٥ ــ ألا يدلى الخصوم أمام محكمة الطعن بسبب أو دليل أو مستند أو دفع أو دفاع جوهرى جديد تقتضى سلامة التسبيب الرد عليه ، ولا تكون أسباب الحكم المطعون فيه كافية لبناء الحكم ــ الصادر فى الطعن ــ عليها . وفى هذه الحالة تجوز الاحالة بشرط الرد على الأدلة الجديدة الجوهرية .

واذا عيب خصم الحكم المطعون فيه من ناحية سرده للوقائع أو تغييرها أو استخلاصه وتقديره لها أو من ناحية تطبيق القانون ، أو غير سبب دعواه فى الأحوال الجائزة فى التشريع وجب على المحكمة أن تجيب على كل ما تقدم[١].

٦ ــ اذا أيدت محكمة الطعن الحكم فى شق منه دون الشق الآخر فلا تجوز الاحالة الا بالنسبة الى الشق الذى أيدته المحكمة ، ويلزم بناء الشق الآخر من حكم محكمة الطعن على الأسباب التى تؤيده .

واذا أيدت محكمة الطعن الحكم المطعون فيه ، وأقامت قضاءها على ما أوردته هى من أسباب جديدة كما أخذت بأسباب الحكم الابتدائى فيما لا يتعارض مع أسبابه ، فان حكمها يكون صحيحا بغير حاجة الى تفصيل ما يتعارض وما لا يتعارض مع أسبابه . لأن هذا مفهوم بطريق اللزوم العقلى لكل مطلع على الحكمين ، ولأنه يتبين من مراجعه أسباب الحكمين ما اختلفت فيه وجهات النظر بينهما ، وتعتبر أسباب الحكم المطعون فيه فى هذه الحالة مكملة لأسباب الحكم الصادر فى الطعن فيما لا تعارض فيه بينهما .

والاحالة فى التسبيب على حكم آخر لا يعفى المحكمة من ضرورة ذكر كافة البيانات الأخرى التى يتطلبها المشرع لصحة الأحكام ، كما لا يعفى المحكوم له عند اعلانه الحكم الى خصمه من سرد أسبابه بحيث يشتمل الاعلان عليها فضلا عن اشتماله على منطوقه[٢] ، وذلك عملا بالقواعد العامة فى اعلان الاحكام .

---

(١) نقض ٢٠ مايو ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٦٢٩

(٢) محكمة السين الابتدائية ٣٠ نوفمبر ١٩٥٤ جازيت باليه ٥٥ – ١ – ٤٠ ، ومجلة القانون المدنى ١٩٥٥ – ١٥٦

وفيما يلى أمثلة من أحكام النقض بصدد شروط اعمال الاحالة المتقدمة :

٤١ – لا تثريب على محكمة الدرجة الثانية ان هى أخذت بأسباب حكم محكمة أول درجة دون اضافة متى رأت أن فى هذه الأسباب ما يغنى عن ايراد أسباب جديدة [١]:

فالحكم الاستئنافى يعتبر مسببا تسبيبا كافيا اذا أخذ باسباب الحكم المستأنف الذى أيدته محكمة الاستئناف ، وكانت هذه الأسباب كافية لحمله ولم يكن الخصوم قد استندوا أمامها الى أوجه دفاع جديدة تخرج فى جوهرها عما قدموه الى محكمة الدرجة الأولى [٢] . بل اذا كان الحكم الابتدائى قد بنى على سببين ، ثم جاءت المحكمة الاستئنافية فأيدته فيما قضى به مع استبعادها أحد السببين ، وكان السبب الباقى يستقيم به الحكم ، فان هذا يكفى لصحته[٣].

٤٢ – اذا أبديت فى الاستئناف أوجه دفاع جديدة جوهرية أو دفوع شكلية وجب الرد عليها اذا كانت أسباب الحكم الابتدائى لا تغنى عن هذا الرد ، ومن باب أولى اذا كانت أسباب الحكم الابتدائى معيبة :

اذا كان الحكم الابتدائى قد أغفل دفاعا جوهريا . وجاء الحكم الصادر من محكمة الاستئناف مؤيدا له بأسبابه . فان هذا وذاك يكون باطلا [٤]. واذا تمسك خصم فى الاستئناف لأول مرة بعدم اختصاص المحكمة (وهذا جائز اذا كان من النظام العام) . فمن الواجب الرد على هذا الدفع [٥].

---

(١) نقض ٢٨ يونيه ١٩٥٦ – القضية رقم ٣٧٩ و ٣٨٢ سنة ٢٢ قضائية – مجموعة أحكام النقض ٧ – ٢ – ٧٦٧ ، ونقض ١٨ يناير ١٩٥١ القضية رقم ١٣٦ سنة ١٩ – المجموعة ٢ – ٢ – ٢٦٤ ، ونقض ٣٠ ابريل ١٩٥٣ – رقم ٤٧ سنة ٢١ – المجموعة ٤٠ – ٣ – ٩٥٤

(٢) نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ – القضية رقم ٧٣ سنة ١٨ قضائية ، ونقض ٢٢ ديسمبر ١٩٤٩ – المجموعة ١ – ١٢١

(٣) نقض ١٠ فبراير ١٩٤٤ – مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ٢٥٧

(٤) نقض ٢٩ مارس ١٩٥١ القضية رقم ١٦٠ سنة ١٩ قضائية ، و ٣٠ نوفبر ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٥ – ١٤٧

(٥) جلاسون ٣ رقم ٧٤٥

٤٣ — لا تجوز الاحالة اذا ألغى الحكم المحال عليه :

قضت محكمة النقض بأنه وان كان يجوز تسبيب الحكم بتبنى أسباب حكم آخر سبق صدوره بين الخصوم وقدم فى ملف الدعوى وذلك بالاحالة عليه ، الا أن شرط ذلك أن لا يكون هذا الحكم قد ألغى ، ذلك أن الغاء الحكم بأى طريق من طرق الطعن يجرده من كل أثر قانونى ويصبح شأنه شأن الأوراق العادية التى تقدم فى الدعوى . فكما لا يجوز تسبيب الحكم بالاحالة على ما تضمنته ورقة من الأوراق التى يقدمها الخصوم . كذلك لا يجوز تسبيب الحكم بالاحالة الى حكم صدر بين الخصوم وقضى بعد ذلك بنقضه (١) .

وقضت أيضا بأنه يشترط للاحالة أن يكون الحكم المحال عليه قائما ، فاذا كانت محكمة الاستئناف قد أحالت على أسباب حكم صادر من محكمة الدرجة الأولى ، وكانت ذات محكمة الاستئناف قد ألغته من قبل ، فانها تكون قد أحالت على معدوم مما يبطل حكمها (٢) .

٤٤ — جواز الاحالة على أسباب الحكم المحال عليه فيما لا يتعارض مع الأسباب التى أوردتها محكمة الاستئناف عدم صلاحية أسباب الحكم الابتدائى لبناء الحكم فى الاستئناف عليها اذا كانت محكمة الاستئناف لم تأخذ بها — تأييد محكمة المعارضة لحكمها الغيابى :

متى كان الحكم الاستئنافى اذ قضى بتأييد الحكم الابتدائى ، قد أقام قضاءه على ما أورده من أسباب كما أخذ بأسباب الحكم الابتدائى فيما لا يتعارض مع أسبابه . فان الطعن عليه بالقصور استنادا الى أنه لم يبين ما أقره وما لم يقره من أسباب الحكم الابتدائى ، يكون على غير أساس متى كان يبين من مراجعة أسباب الحكمين ما اختلفت فيه وجهات النظر بينهما . وتعتبر أسباب الحكم الابتدائى فى هذه الحالة مكملة لأسباب الحكم الاستئنافى فيما لا تعارض فيه (٣) .

(١) نقض ٢٤ مارس ١٩٥٥ — القضية رقم ٢٩٥ سنة ٢١ قضائية — المجموعة ٦ — ٢— ٨٥٥

(٢) نقض ٣١ مارس ١٩٥٣ — رقم ١٨٩ سنة ٢١ — المجموعة ٥ — ١ — ٣٦٥

(٣) نقض ٢٩ مارس ١٩٥١ — رقم ١٢٧ سنة ١٩ — المجموعة ٢ — ٢ — ٥١٦ ، ونقض ١٤ يونيه ١٩٥١ — رقم ٦١ سنة ١٩ قضائية — ٢ — ٣ — ١٠٢٠ ، ونقض ٢٦ مارس ١٩٥٣— رقم ٢١٠ سنة ٢٠ — المجموعة ٤ — ٢ — ٦٩٨ ، ونقض ٢٥ ابريل ١٩٥١ — القضية رقم ١٧٥ سنة ١٩ — المجموعة ٣ — ١ — ١٤ .

وقضت محكمة النقض بأن اكتفاء محكمة الاستئناف فى تسبيب حكمها بأسباب مجملة مقتضبة لا تعين على فهمه وتعجز محكمة النقض عن رقابتها فى تطبيق القانون يعيب حكمها ولو كان الحكم المستأنف الذى أيدته وافى الأسباب ما دامت هى لم تأخذ فى تأييده بتلك الأسباب [1].

وكثيرا ما يستشف أخذ المحكمة بأسباب الحكم المطعون فيه من عبارات تأتى فى حكمها بصورة ضمنية ، كما اذا قالت ان المستأنف لم يقدم سببا صحيحا يدعو لالغاء الحكم المستأنف،أو أن المحكمة الابتدائية قد أصابت عند رفضها الدعوى[2]،انما اذا لم تشر المحكمة صراحة أوضمنا للاحالة،واقتصرت على تدوين منطوق الحكم المطعون فه فى حكمها اعتبر هذا الأخير خاليا من الأسباب[3].

واذا أيدت محكمة المعارضة حكمها الغيابى فانها تكون قد قصدت تأييده بأسبابه الصادرة منها هى ، والتى تقدم استنادها اليه[4]. وهذا لا يعفيها بطبيعة الحال من الرد على الدفوع الشكلية والموضوعية وأوجه الدفاع الجوهرية والمستندات الجوهرية التى تقدم بها الخصوم فى المعارضة [5].

٤٥ — يجب لكى تصح الاحالة على أسباب حكم آخر صدر فى دعوى أخرى أن يكون هذا الحكم قد سبق صدوره بين نفس الخصوم وأن يكون قد أودع الدعوى وأصبح بذلك ورقة من أوراقها ، يناضل الخصوم فى دلالته :

---

(١) نقض ٢٥ يناير ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٣٠٧ ، ونقض فرنسى ١٩ اكتوبر ١٩٢١ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ١٣٦ ، ونقض ٦ أبريل ١٨٩٧ داللوز ٩٧ — ١ — ٣٢٥

(٢) تعليقات داللوز على المادة ١٤١ رقم ٢٠٨١ — ٢١٠٦

(٣) المرجع المتقدم رقم ٢١٠٧ ، ونقض ١٨ مايو ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض الفرنسى ٥٣ — ٢ — ١٠٠ ، ونقض فرنسى ٢٩ ابريل ١٩٥٤ — مجموعة أحكام النقض الفرنسى ١٩٥٤ — ٢ — ١١١

(٤) المرجع المتقدم رقم ٢١٢٤ — ٢١٢٩ ،ومع ذلك قارن رقم ٢١٣٠ و ٢١٣١ وجلاسون ٣ رقم ٧٤٦ والأحكام والمراجع العديدة المشار اليها فى الحاشية رقم ٢

(٥) نقض ١٨ ديسمبر ١٨٨٨ سيرى ٩٠ — ١ — ٥٣٤

واذن فمتى كان الحكم قد أحال فى الرد على دفاع الطاعن على أسباب حكم آخر لم يكن مقدما فى الدعوى ، وكان قد صدر فى دعوى أخرى لم يكن الطاعن خصما فيها ، فان الحكم المطعون فيه يكون باطلا لقصوره فى التسبيب مما يستوجب نقضه (١).

٤٦ — إذا أيدت محكمة الاستئناف الحكم المطعون فيه بشقيه وجبت الاحالة على أسبابه بالنسبة إلى الشقين معا — وإذا فصلت فى طلب موضوعى جديد ، مما يجيز المشرع ابداءه لأول مرة فى الاستئناف ، وجب عليها تسبيب الحكم الصادر فيه (٢):

وقضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم قد قضى فى منطوقه بتأييد الحكمين المستأنفين الصادر أحدهما برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة ، وثانيهما فى موضوع الدعوى ، ومع ذلك اقتصر فى أسبابه على التحدث عن استئناف الحكم الصادر فى الموضوع دون الحكم الصادر فى الدفع فهذا منه قصور يبطله (٣) .

٤٧ — (ثالثا) تكييف الوقائع الصحيحة وارساء القاعدة القانونية مع آثارها عليها — التعريف به — هل يعد جهدا قانونيا أم منطقيا — هل يخضع لرقابة محكمة النقض :

التكييف La qualification هو إعمال القاعدة القانونية وارساؤها على ما ثبت من وقائع الدعوى ، أو هو وصف هذه الوقائع وابرازها كعناصر أو شروط أو قيود للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها .

---

(١) نقض ٢٨ مايو ١٩٥٣ — رقم ٢٦٦ سنة ٢٠ — المجموعة ٤ — ٣ — ١٠٨٠

(٢) براتور داللوز للمرافعات سنة ١٩٥٦ — تحت عبارة Jugement رقم ٣١٦ وما يليها وأحكام النقض العديدة المشار اليها — وانظر نقض فرنسى ٣ فبراير ١٩٥٣ — مجموعة أحكام النقض الفرنسى ١٩٥٣ . ٣ — ٣٩

ويعتبر تغيير سبب الطلب من قبيل الطلبات الجديدة التى يجوز ابداؤها لأول مرة فى الاستئناف عملا بالمادة ٣/٤١١ ، ومن ثم تلزم الدرجة الثانية بتسبيب القضاء الصادر منها عند تغيير سبب الدعوى أو الاضافة اليه .

(٣) نقض ١٣ مارس ١٩٥٠ — المجموعة ١ — ٤٢٣

والتكييف يقتضى جهدا قانونيا،كما يقتضى جهدا منطقيا فى ذات الوقت، لأنه يتطلب فهم القانون والشروط اللازمة لاعمال نصوصه المختلفة، كما يتطلب البحث فى طيات وقائع الدعوى الثابتة للتحقق من توافر الشروط أو القيود أو العناصر التى يتطلبها القانون ، مع بذل جهد منطقى فى تفهم معانى ألفاظ القانون ، حتى يرد فهم الواقع فى الدعوى الى فهم حكم القانون فى هذا الواقع.

وثمة نظريات اتجه اليها الشراح، فى فرنسا، بقصد تحديد كنه التكييف، وما اذا كان يعد متصلا بواقع الدعوى الذى لا يخضع لرقابة محكمة النقض أم يعد عملا قانونيا خاضعا لاشرافها . فمن قائل ان التكييف يعد عملا قانونيا اذا قصد به رد واقع الدعوى الى تعريف قانونى صريح ، ويعد اجتهادا لا يخضع لرقابة محكمة النقض اذا رد الواقع الى قاعدة قانونية مجردة من تعريف صريح[1]. وصادفت هذه النظرية نقدا شديدا لأنها لا تقوم على أساس سليم ، فالقاعدة القانونية قد تعرض من جانب المشرع فى ثوب تعريف قانونى صريح . وقد تعرض فى ثوب أمر أو نهى أو ايضاح ، ولا يمكن بأى حال وضع قانون فى صورة تعاريف ، أى لا يمكن ابراز معانى القانون ومقاصده فى هذه الصورة وحدها . ويبدو أن النظرية المتقدمة قد تأثرت بما كان عليه الحال فى أول عهد محكمة النقض الفرنسية التى كانت لا تنظر الطعن بالنقض الا اذا كان مبناه مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون مخالفة صريحة وفقا لما نص عليه المشرع . وانما امتدت رقابتها بعدئذ الى الخطأ فى تطبيق القانون وتأويله .

واتجهت نظريات أخرى توسع من نطاق رقابة محكمة النقض وتعتبر التكييف عملا قانونيا اذا رد الواقع الى تعريف نص عليه القانون صراحة أو الى قاعدة قانونية يمكن تعريفها . وتعتبره عملا منطقيا لا يخضع لرقابة محكمة النقض اذا لم يتمكن القاضى من تعريف القاعدة القانونية تعريفا نظريا وانما طبقها بوحى من شعوره الخاص أو بمقتضى قواعد المنطق[2].

---

(1) تعليق Barris فى ريرتوار داللوز ٧ ص ٣٠٦ رقم ١٢٢٤ . ومقال الأستاذ مرقص فهمى المحامى المحاماة ١١ ص ٢١٧ . وحامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ٥١

(2) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ٥٣ وما يليه . و Cournet ص ٤٥٩ فى Essai sur les fondements de nos connaissances et sur les caractères de la critique philosophiques .

والصحيح أن التكييف هو عمل مختلط يتطلب جهدا قانونيا وجهدا منطقيا أوشعوريا – على حد قول الشراح – ذلك لأن القاضي يلزم – في صدده – بوصف وقائع الدعوى الثابتة وابرازها بصورة منطقية أو بوحي من شعوره (خاصة بالنسبة الى المواد الجنائية) كعناصر أو قيود أو شروط للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق ، بصرف النظر عما اذا كان القانون قد حدد تعريفا صريحا لهذه القاعدة أم لم يحدد لها تعريفا ، وسواء أحصل التكييف بألفاظ القانون أم بالفاظ أخرى تؤدي الى ذات معانيه . ويتعين على محكمة النقض أن تبسط رقابتها على هذا العمل القانوني[1].

٤٨ – القواعد الأساسية في التكييف :

عند تكييف الدعوى يلتزم قاضيها بمراعاة مبادئ عامة هي الآتية :

٤٩ – (أولا) : يجب تكييف الدعوى وفق الوصف المقرر لها في القانون ولا يعتد بتكييف الخصوم لها اذا كان خاطئا لا يتمشى مع القانون[2] :

القاعدة أن قاضي الدعوى لا يتقيد برأي خصومها في التكييف متى كان خاطئا عن جهل أو عن عمد . لأنه هو وحده الملزم باعمال القانون وتطبيقه تطبيقا صحيحا في حدود الوقائع الثابتة . وفي حدود مطلوب الخصوم وسبب الدعوى .

وكثيرا ما يعمد الخصوم الى اخفاء أغراض غير مشروعة – كربا فاحش يستتر في صورة ايجار أو بيع . وكتبرع الى ما بعد الموت في صورة بيع .

واذن قاضي الدعوى يكيف عقود الخصوم ويصفها الوصف الصحيح طبقا لأحكام القانون ولو خالف في ذلك تكييف الخصوم ، وحسبه أن يتبين نية المتعاقدين من واقع نصوص العقود والأوراق والمستندات المقدمة اليه ،

(١) حامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ٥٧ وما يليه ورقم ٦٠

(٢) ومن باب أولى لا تتقيد المحكمة بالاعتبارات والأدلة والحجج التي يذكرها خصم الدعوى في تأييدها أو في رفضها (استئناف مختلط ١٢ مارس ١٩٣٦ مجلة التشريع والقضاء ٤٨ ص ١٩٠) . وان كانت تتقيد بطبيعة الحال بالسبب القانوني الذي تبنى عليه الدعوى لأنه من عناصر الطلب الذي يتقدم به الخصم ، والقاعدة أن المحكمة لا تحكم الا في حدود الطلب الذي يدلي به الخصم أمامها .

ويخضع تكييفه لرقابة محكمة النقض . فله أن يصف العقد بأنه وكالة أو حوالة[1] ، وبأنه هبة أو وصية مستترة[2] ، وبأنه رهن حيازة أو بيع وفاء .

٥٠ – (ثانيا) يجب تكييف الدعوى فى حدود طلبات الخصوم ودفوعهم ، فلا تطبق الا القاعدة القانونية اللازمة للحكم فيها – والعبرة بحقيقة المقصود من طلباتهم لا بالألفاظ التى صيغت بها هذه الطلبات :

اذا كان قاضى الدعوى لا يخضع فى تكييفها لمشيئة المتقاضين وانما يأخذ التكييف عن القانون أخذا صحيحا ، فانه مع ذلك يلتزم حدود الوقائع الثابتة وحدود مطلوب الخصوم ، ولا يطبق الا القاعدة القانونية اللازم اعمالها للفصل فى طلباتهم ودفوعهم ، لانه لا يلزم الا بالفصل فى هذه الطلبات والدفوع وفى حدودها ، بمعنى أنه لا يملك الفصل فى غير ما طلبه الخصوم أو بأكثر منه ، كما لا يجوز له اغفال الفصل فى طلب موضوعى أو فى دفع من أى نوع كان[3].

ومن ثم اذا رفعت الدعوى بقصد الزام الخصم بتقديم حساب فلا يجوز للمحكمة أن تتعرض لتكييف العلاقة القانونية القائمة بين الخصوم الا اذا نازع الخصم فى التزامه بتقديم هذا الحساب . واذا رفعت دعوى من دعاوى الحيازة فلا تملك المحكمة تكييف وقائع الدعوى وعقود الخصوم لتقرر ملكية أحدهم للعقار موضوع الحيازة . واذا نظرت المحكمة قضية ما فلا تملك بعد الفصل فيها تكييفها باعتبارها دعوى كيدية لتحكم من تلقاء نفسها بالتعويض للمدعى عليه فيها .

---

(١) نقض فرنسى ٢٣ فبراير ١٨٦٩ (دالloز ١٨٦٩ – ١ – ١٩٦) واستئناف مختلط – ٧ ديسمبر ١٩٣٢ المجلة ٤٥ ص ٥٩

(٢) نقض فرنسى ٦ مايو ١٨٩١ (دالloز ١٨٩١ – ١ – ١٧٧)

(٣) راجع ما قدمناه فى الفقرة رقم ٣١ – وأنظر المادة ٣٦٨

والقاعدة الأساسية فى التشريع أن العبرة فى تكييف الدعوى بحقيقة المقصود من الطلبات المقدمة فيها لا بالألفاظ التى صيغت فيها هذه الطلبات، لذلك يجوز أن تعتبر الدعوى من دعاوى استرداد الحيازة ولو كان المطلوب لفظا هو منع التعرض ، والعكس صحيح ، وانما لا يجوز للمحكمة أن تعتبر الدعوى التى رفعت بطلب الملكية من دعاوى الحيازة [1] .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تثريب على المحكمة أثناء نظر دعوى منع التعرض أن تعتبرها دعوى استرداد حيازة وتحكم فيها على هذا الأساس متى تبينت توافر شروطها ، ذلك أنه لا تنافر ولا تعارض بين الدعويين لأن أساسها واحد هو الحيازة المادية بشروطها القانونية والغرض منهما واحد هو حماية تلك الحيازة من الاعتداء عليها [2].

وقضى بأن المحكمة المدنية مقيدة بطلبات المدعى وهى لا تملك تغيير سبب الدعوى ولكن لها أن تكيف المنازعة على حسب الغرض المقصود منها ، وأن تضفى عليها الوصف المقرر لها فى القانون[3] .

والقاعدة بالنسبة لاختصاص القاضى المستعجل ، أنه لا يحول دون هذا الاختصاص أن يكون المستشكل قد أبدى طلبات متعلقة باصل الحق . فللقاضى المستعجل بما له من سلطة تحوير طلبات الخصوم أن يأمر بالاجراء الوقتى الذى يتفق وطبيعة الاشكال[4] .

٥١ — (ثالثا) : تعتبر القواعد القانونية الصرفة قائمة فى الدعوى — ومن عناصرها — فتطبقها المحكمة من تلقاء نفسها وبغير حاجة الى التمسك بها من جانب صاحب المصلحة :

---

(١) نقض ٦ يناير ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ ص ٣٣٨

(٢) نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ — المحاماة ٣٦ ص ٥٣

(٣) القاهرة الابتدائية ٢٣ أكتوبر ١٩٥٤ — المحاماة ٣٦ ص ٩٠٧

(٤) نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ ص ١٢٧٩ — أنظر كتاب اجراءات التنفيذ رقم ١٥٣ وما يليه .

متى أدلى الخصوم بطلباتهم ودفوعهم وأسانيد هذه وتلك [1] ، ومتى تقدم كل خصم بما لديه من أدلة وأوجه دفاع ، ومتى استخلصت المحكمة الصحيح من وقائع الدعوى ، وجب عليها أن تأخذ عن القانون القاعدة الواجبة التطبيق أخذا صحيحا ، ولو لم يشر الطالب الى نص القانون الواجب التطبيق – وهو لا يلزم بهذا [2] لأن وظيفة المحكمة أن تعمل حكم القانون ، ولأن هذا يستشف ضمنا من سائر طلبات الخصوم ودفوعهم .

ومن ثم اذا طالب الموكل وكيله بفوائد المبالغ التى قبضها باسمه والتى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وقضت له المحكمة بالفوائد من يوم المطالبة القضائية مهدرة نص المادة ٢/٧٠٦ من القانون المدنى فانها تكون قد خالفت القانون . واذا طالب الوكيل موكله بفوائد ما دفعه عنه بسبب وكالته من يوم دفعه ، وقضت له المحكمة بالفوائد من يوم المطالبة القضائية مهدرة نص المادة ٧١٠ من القانون المدنى فانها تكون أيضا قد خالفت القانون . ويملك الخصم صاحب المصلحة فى الأحوال المتقدمة الطعن فى الحكم بالنقض ولو لم يستند أمام محكمة الموضوع الى نص من نصوص المواد المتقدمة من القانون المدنى ، ودون أن يعد هذا منه سببا جديدا للطعن بالنقض لأن الأسباب القانونية الصرفة Moyens de pur droit تعد قائمة أمام المحكمة من تلقاء نفسها[3].

ولذات الاعتبارات المتقدمة يجوز التمسك ببطلان الحكم أمام محكمة النقض – فى الأحوال الجائزة قانونا – ولو لم يتعرض الخصوم لهذا البطلان قبل قفل باب المرافعة فى الدعوى – وهذا لا يتصور عقلا بطبيعة الحال – وذلك تأسيسا على أن المحكمة تلزم عند اصدار الحكم بأعمال القانون من تلقاء نفسها .

---

(١) أى أساسها القانونى – أى منشأ التزام المدين المدعى عليه .

(٢) يكفى أن يذكر المدعى فى صحيفة دعواه منشأ التزام خصمه – أى سنده القانونى – (حتى يستعد هذا الأخير لدفع مطلوب خصمه أمام المحكمة والرد عليه) ، ولا يلزم ذكر مواد القانون التى يستند اليها اذا كان سند طلبه هو نص فى القانون (نقض ٢٧ أبريل ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ ص ٣٤٨ ونقض فرنسى (دائرة العرائض) ٢٢ أكتوبر ١٩٣٤ – دالوز ١٩٣٤ ص ٥٢٣) – كتاب نظرية الدفوع رقم ٩٢ – وانظر فى المرجع المتقدم أثر تخلف البيانات المتقدمة فى صحة صحيفة الدعوى .

(٣) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ١٢٩ وما يليه .

ولذات الاعتبارات المتقدمة يجوز للطاعن بالنقض أن يطعن على قضاء المحكمة فى مسألة قانونية تكون قد تعرضت لها من تلقاء نفسها وأسست الحكم عليها ، ولا يعد هذا منه سببا جديدا للطعن[1].

٥٢ — استثناء — لاتحكم المحكمة من تلقاء نفسها باعمال الجزاء المترتب على مخالفة القواعد الاجرائية الا اذا نص القانون على مايخالف ذلك :

درسنا هذا الموضوع على وجه التفصيل فى كتاب نظرية الدفوع — الطبعة الثانية[2] — ونضيف أن على المحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بانتفاء صفة الخصم المتمسك بالجزاء اذا لم تكن هذه الصفة مقررة له فى التشريع ، تأسيسا على أن الفقه والقضاء يوجبان على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى أو الدفع لانتفاء صفة مقدمه[3] ، وعلى أن الاجراء يعد صحيحا الى أن يحكم ببطلانه ولا يحكم بهذا البطلان الا بناء على تمسك من ذات الخصم المقرر الجزاء لمصلحته .

ومتى تمسك الخصم — صاحب الصفة — بجزاء معين وجب على المحكمة أن تعمل حكم القانون فى هذا الصدد . فمثلا اذا تمسك المدعى عليه باسقاط الخصومة لعدم السير فيها مدة سنة بفعل المدعى أو امتناعه (عملا بالمادة ٣٠١ وما يليها) . وجب على المحكمة أن تتحقق من أن هناك خصومة وانها قائمة ، وأنها قد وقفت مدة سنة ميلادية على الأقل . وأن الوقف بفعل المدعى أو امتناعه . وأنه لم يتخذ فيها أى اجراء قاطع لهذه المدة .

٥٣ — أمثلة فيما تقدم : مخالفة نص صريح دون ذكر السبب — عدم بيان الأساس لما قضى به :

قضت محكمة النقض بأن عدم بيان الحكم علة عدم الزام الخصم بفوائد متأخر الثمن (أو فوائد مقابل ما باشره الوكيل لصالح موكله من أعمال) — فى حين أن القانون المدنى يوجب هذا — هو قصور يستوجب نقضه[4].

(١) المرجع السابق وسائر المراجع والأحكام المشار اليها فيه .

(٢) نظرية الدفوع الطبعة الثانية — رقم ١٠ م (١٠) وما يليه .

(٣) المرافعات رقم ١٨٨ ونظرية الدفوع رقم ٣٥٤ — والطبعة الثانية رقم ١٠ م (٦) .

(٤) نقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ المجموعة ١٠ — ٥٣٤ ، ونقض ١٦ يونيه ١٩٥٥ — المجموعة ٦ — ٣ — ١٢٦٦ على التوالى .

وقضت ببطلان الحكم الذى أغفل بيان مصدر الزام الخصم بما ألزمه به لانعدام أساسه القانونى[1].

وقضت بأن عدم اعتداد الحكم بقرينة قانونية على ملكية الحائزوعلى وجود السبب الصحيح وحسن النية حتى يثبت العكس هو خطأ فى القانون[2].

٥٤ — (رابعا) العبرة بصدور الحكم موافقا للقانون ولو لم تذكر فيه القاعدة القانونية التى بنى عليها :

قضت محكمة النقض بأنه لا يلزم لسلامة الحكم أن تذكر المحكمة فيه القاعدة القانونية التى بنته عليها ، اذ العبرة فى صحته هى بصدوره موافقا للقانون . فاذا كانت المحكمة قد بنت حكمها برد مبلغ الدوطة على أن الدوطة التى تدفعها الزوجة للزوج ليستغلها فى شؤون الزوجية ما دامت قائمة فاذا انقضت أصبحت واجبة الرد . فان حكمها يكون سليما قانونا اذ أن مبلغ الدوطة يكون فى هذه الحالة مسلما على سبيل أنه عاريه استعمال واجبة الرد عند حلول الظرف المتفق عليه عملا بنص القانون المدنى[3].

واذا قضت المحكمة باسقاط الخصومة وبنت حكمها على أن هذه الخصومة قد وقف السير فيها سنتين باهمال المدعى فان هذا الحكم يكون صحيحا سليما دون حاجة الى ذكر القاعدة القانونية التى تقرر اسقاط الخصومة اذا وقف السير فيها مدة سنة ودون حاجة الى ذكر شروط اعمال القاعدة متى كانت قد احترمت تلك الشروط .

٥٥ — (خامسا) لا يعيب الحكم اغفاله ذكر مواد القانون التى طبقها على وقائع الدعوى متى كانت النصوص الواجب اعمالها مفهومة من الوقائع التى أوردها[4] :

---

(١) نقض ٣ أبريل ١٩٥٢ المجموعة ٣ — ٣ — ٨٦٢ .

(٢) نقض ٤ فبراير ١٩٥٤ المجموعة ٥ — ٢ — ٤٨٢ — وانظر أيضا نقض ١٠ يناير ١٩٥٢ المجموعة ٣ — ٢ — ٣٧٣ .

(٣) نقض ٢٧ مايو ١٩٤٣ — مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ١٧٠ .

(٤) نقض ٧ أبريل ١٩٥٥ — رقم ٧٣ سنة ٢٢ — المجموعة ٦ — ٣ — ٩٣١ . ونقض ٢٤ مايو ١٩٥١ — رقم ١٤٣ سنة ١٩ — المجموعة ٢ — ٣ — ٨٥٧ . ونقض ٢٤ مايو ١٩٥١ رقم ١٦٩ سنة ١٦ — المجموعة ٢ — ٣ — ٨٦٣ .

كما لا يعيب الحكم خطوه فى ذكر رقم النص القانونى الواجب التطبيق متى كان المفهوم من وقائع الدعوى أن النص المقصود اعماله هو النص الصحيح[1].

٥٦ – (سادسا) العبرة فى التكييف بتوخى معانى القانون لربط معانى فهم الواقع بها ، ولا يعتد بذات ألفاظ القانون وعباراته :

القاعدة الأساسية فى التشريع أن القاضى لا يلزم عند تكييفه لوقائع الدعوى باستعمال ذات الألفاظ والعبارات التى أوردها القانون للتعريف بالقاعدة القانونية أو لتحديد شروطها أو أركانها أو عناصرها أو معانيها ، وبحسبه أن يجرى التكييف على هدى معانى القانون التى قصدها بالفعل . وبعبارة أخرى . العبرة أن يأتى تكييف الوقائع على معانى القانون .

ومحكمة النقض لا ترمى – فى الواقع – الا الى اعمال القانون اعمالا صحيحا دون التقيد بلفظ أو اصطلاح معين .

وحتى بالنسبة الى المصطلحات الدقيقة المتعلقة بقانون المرافعات ، لا محل لتجريح الحكم اذا استعمل تعبيرا لغويا دارجا بدلا من التعبير الخاص المقرر فى هذا القانون . فاذا حكم القانون ببطلان المرافعة أو الخصومة وكان يقصد فى الواقع تعبير « سقوط الخصومة » المقرر فى المادة ٣٠١ وما يليها . فلا يترتب ثمة بطلان ما دام قد أسقطها بالفعل عملا بنصوص هذه المواد وما دام قد بنى حكمه على الأسباب الصحيحة التى تبرره . وكثيرا ما يستعمل تعبير «الدعوى» للدلالة على الخصومة ، وقد أصبح هذا خطأ شائعا مقبولا من جانب الفقه أو القضاء[2].

٥٧ – (سابعا) اتساق منطوق الحكم مع أسبابه ـ اقامته على أساسين متناقضين أو أسباب متناقضة أو أسباب تتعارض معه :

حتى يعد منطوق الحكم مبنيا على أسبابه يجب توافر رباط منطقى وثيق بين هذه وذاك . ومن ثم يعيب الحكم تناقض منطوقه مع أسبابه ، أو تناقض أسبابه بحيث يصبح خاليا من الأسباب التى تبرره .

(١) نقض ١٣ نوفمبر ١٩٥٢ – مجموعة أحكام النقض ٤ – ١ – ٨٨ .

(٢) كتاب المرافعات رقم ٨٣ .

أما تناقض أجزاء المنطوق مع بعضها فهو — فى ذاته — سبب من أسباب التماس اعادة النظر اذا جعل تنفيذه مستحيلا (م٤١٧/٦) ، كما اذا قضت المحكمة برفض دعوى الاستحقاق الأصلية وقضت فى ذات الحكم على ضامن المدعى عليه بالتعويض ، أو قضت بوقوع المقاصة بين دين المدعى ودين المدعى عليه وقضت فى ذات الحكم بالزام المدعى عليه بدينه[1] ، أو قضت لمالك أطيان بالتعويض مقابل أجرة ريها فى مدة معينة وقضت له فى ذات الحكم بتعويض مقابل عدم الانتفاع بذات الأطيان وعن نفس المدة لعدم زراعتها بسبب حرمانها من الرى[2].

والجدير بالذكر أن الغالب الشائع من الأحوال التى يكون فيها منطوق الحكم متناقضا مع بعضه تكون أسبابه هى الأخرى متناقضة ، وكثيرا ما يعد لذلك خاليا من الأسباب التى تبرره ؛ لأن منطوق الحكم هو فى الواقع نتيجة أسبابه ، وهى مقدماته ومبرراته .

ومن ثم اذا تناقضت أسباب الحكم مع منطوقه بحيث يعد مجردا من الأسباب فانه يكون باطلا[3] ، وكما اذا قضت المحكمة على المدعى عليه بالتعويض عن حادث ضار . وجاء فى أسباب حكمها أن المدعى هو وحده المسئول عما أصابه من ضرر . فان الأسباب لا تؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها الحكم[4] .

ويعيب الحكم اقامته على أساسين متعارضين من القانون . كما اذا ثبت من أسبابه مسئولية الخصمين معا وخطئهما معا وصدر المنطوق ملزما احدهما بتعويض ما دون أن يبين أساسا لذلك . فتكون الأسباب منهارة والمنطوق مجرداً من الأسباب[5].

---

(١) جارسونيه ٦ رقم ٤٧٥ وجلاسون ٣ ص ٤٢٩

(٢) وهذا التعويض الأخير يعد تعويضا كاملا على الحرمان من الانتفاع بزراعة الأطيان . فالجمع بين التعويضين غير جائز (نقض ٢٤ يناير ١٩٥٢ المجموعة ٣ — ٢ — ٤١٠) — ويلاحظ أن تناقض المنطوق فى الحكم المتقدم ليس من شأنه أن يجعل تنفيذه مستحيلا . وانما يجعله مشوبا بخطأ فى تطبيق القانون .

(٣) نقض ٢٢ مارس ١٩٥٦ — المجموعة ٧ — ١ — ٣٥١ ، ونقض ٢١ يناير ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ٣٩

(٤) نقض ٨ أغسطس ١٨٩٣ (دالوز ١٨٩٤ — ١ — ٢١٤

(٥) نقض ٣١ يناير ١٩٤٦ — مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٧٢

وقضت محكمة النقض بأن قيام التناقض بين أسباب الحكم التمهيدى وأسباب الحكم الفاصل فى الموضوع لا يعيب هذا الحكم بما يوجب نقضه ما دام الحكم التمهيدى قد اقتصر على احالة الدعوى على التحقيق ولم يفصل فصلا قاطعا فى أية نقطة من نقط النزاع [١].

وقضت بأنه اذا رفع أحد المتعاقدين على الآخر دعوى تعويض عن التقصير فى الوفاء بالتزامه ، وكان الثابت أن المدعى عليه لم يف بهذا الالتزام ، ومع ذلك قضت المحكمة برفض الدعوى استنادا الى أنه لم يكن مقصرا وأن العقد الذى ترتب عليه تعاقده مع المدعى قد فسخ فانفسخ العقد الذى رتب عليه الالتزام ، دون أن تبين فى أسباب حكمها أن هذا الفسخ كان لحادث قهرى لا دخل لارادة المتعاقدين فيه جعل وفاءه بالالتزام مستحيلا ، فان ذلك يكون ابهاما فى الحكم من شأنه أن يعجز محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون على وجهه الصحيح [٢].

وقضت بأنه اذا كانت المحكمة قد قضت برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تأسيسا على أن سبب الدعوى الحالية هو وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية ، وسبب الدعوى السابقة هو عقد بيع ، ثم أحالت الدعوى الى التحقيق لاثبات واقعة وضع اليد على العين المتنازع عليها ونفيها ، وبعد أن سمعت أقوال الشهود اثباتا ونفيا قضت برفض الدعوى بناء على الحكم السابق صدوره فى الدعوى السابقة ، ولم تشر فى حكمها الى التحقيق الذى باشرته ، فانها بذلك تكون ناقضت الحكم الصادر برفض الدفع ، وشاب حكمها القصور لاغفالها الأساس الذى قامت عليه الدعوى الحالية وهو التقادم المكسب ، وسكوتها عن التحدث عن نتيجة التحقيق الذى أمرت به لاثبات وضع يد المدعى على العين المتنازع عليها [٣].

---

(١) نقض ٥ يناير ١٩٥٠ — المجموعة ١ — ١٦٢ ، ونقض ٢٩ اكتوبر ١٩٤٢ — مجموعة القواعد القانونية ٣ ص ٤٨٧ ونقض ٣٠ مايو ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٩٥٤

(٢) نقض ١٦ مارس ١٩٤٤ — مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ٢٩٣

(٣) نقض ١٨ مايو ١٩٥٠ — المجموعة ١ — ٥٠٤ . وأنظر أيضا نقض ٢٤ يناير ١٩٥٢ — المجموعة ٣ — ٢ — ٤١٠

وقضت بانه متى كان الحكم اذ قضى بالزام الطاعن الأول بما يستحقه المطعون عليه قبله فى صافى الايراد فى مدة الحراسة احتسب ذلك على أساس ما قدره الخبير لجملة ايرادات التركة بما فيها العقار الذى يشغله المطعون عليه باعتبار أنه مستغل استغلالا كاملا ومع ذلك فان الحكم عند ما قضى للطاعن الثانى على المطعون عليه بريع هذا العقار لم يلزمه الا بثلث الريع الذى قدره الخبير استنادا الى أنه يشغل الاجزاء منه وأن الجزء الآخر غير مستعمل ومشغول بأتربة كثيرة ، وذلك دون أن يبرر اختلاف التقدير فى كلتا الحالتين فان هذا الحكم يكون قد شابه بطلان يستوجب نقضه[1].

وقضت بأنه اذا ذكرت المحكمة فى أسباب حكمها عن طريق فاصل بين عقارين أنه مملوك لأحد الخصوم ثم ذكرت فى موضع آخر من الأسباب أنه من الأموال العامة ، فان هذه الأسباب تكون متناقضة مما يترتب عليه اعتبار الحكم باطلا لخلوه من الأسباب التى تبرره[2].

وقضت بأنه اذا كان الحكم الابتدائى اذ قضى بتثبيت ملكية الطاعن للاطيان موضوع النزاع قد اتخذ من شهادة الشهود دعامة لقضائه ، وكان الثابت من الصورة الرسمية لمحضر التحقيق أن هؤلاء الشهود قد ذكروا أن الطاعن كان يضع اليد على الأطيان أكثر من خمس عشرة سنة بصفته مالكا ظاهرا بنفسه بل ان بعضهم حدد سبب وضع يده وهو الشراء . وكان الحكم الاستئنافى اذ قضى بالغاء الحكم الابتدائى قد أقام قضاءه على سببين : أولهما أن شهادة الشهود من جهة تتعارض مع قول للطاعن فى دعوى سابقة خاصة بجزء من هذه الأطيان . وثانيهما أن أحدا من الشهود لم يذكر من جهة أخرى أن الطاعن كان يضع اليد بنفسه وبصفته مالكا فى المدة التى حددوها ، فان مسخ الحكم الاستئنافى لشهادة الشهود على هذا النحو ومناقضته ما حكاه

---

(١) نقض ٦ مارس ١٩٥٢ – المجموعة ٣ – ٢ – ٥٩١ .

وانظر فى اتساق منطوق الحكم مع أسبابه نقض ٧ يونيه ١٩٥٦ – المجموعة ٧ – ٢ – ٧٠١ ، ونقض ٢٥ نوفبر ١٩٥٤ – المجموعة ٦ – ١ – ١٧٤ .

(٢) نقض ١٧ أبريل ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ٥ ص٤٠٥

عن شهادتهم للواقع فى الدعوى مما يعيبه ويستوجب نقضه . ولا محل للقول بأن ما تناوله المسخ كان تزيدا مادام اهدار الحكم شهادة الشهود كان نتيجة للسببين مجتمعين ، أما مبلغ تأثر المحكمة بايهما منفردا فلا سبيل لاستنباطه[١].

٥٨ — اذا بنى الحكم على دعامتين مستقلة احداهما عن الأخرى ، وكان يصح بناء الحكم على احداهما فقط ، فان النعى عليه فى الدعامة الأخرى يكون غير منتج فى جميع الأحوال[٢].

٥٩ — الأسباب الزائدة التى لا حاجة بالحكم اليها لا تؤثر فى صحته ولو كانت خاطئة ، وسواء أكانت متعلقة بتقدير بعض الوقائع أم بتكييف عقد أم بتطبيق القانون أو تفسيره :

اذا استقام منطوق الحكم مع أسبابه فانه لا يعيبه أن ترد فيه أسباب زائدة لا حاجة به اليها . فاذا انصب النعى عليها كان غير منتج[٣] ، وذلك لأن القاعدة أن الطعن فى الحكم بمخالفة القانون أو بالخطأ فى تطبيقه أو تأويله لا يجدى الا اذا كان الحكم ذاته قد بنى على هذا الخطأ أو تلك المخالفة ، والا فالحكم يكون صحيحا . بصرف النظر عما يحتويه من الأسباب القانونية ، ولهذا جرى التعبير بأن المقصود بالخطأ هو ذلك الذى يشوب منطوق الحكم دون أسبابه . واذن ذكر اعتبار خاطئ فى أسباب الحكم لا يفسده اذا لم يؤثر فيه . وذكر تفسير خاطئ للقانون أو تأويل أو مخالفة له لا يستوجب نقض الحكم أو بطلانه متى كان المذكور قد ورد فى أسبابه ، وكانت هناك أسباب

(١) نقض ٣٠ نوفبر ١٩٥٠ المجموعة ٢ — ١ — ١١٤

(٢) نقض ٢٨ يناير ١٩٥٤ — المجموعة ٥ — ٢ — ٤٦٧ ، ونقض ١١ فبراير ١٩٥٤ — المجموعة ٥ — ٢ — ٥٠٧ ، ونقض ٢٧ نوفبر ١٩٥٢ — مجموعة أحكام النقض ٤ — ١ — ١٣٤ ، ونقض ٩ ابريل ١٩٥٣ — المجموعة ٤ — ٣ — ٨٦٩

(٣) نقض ٣١ مايو ١٩٥٦ المجموعة ٧ — ٢ — ٦٣١ ، ونقض ٧ أبريل ١٩٥٥ — المجموعة ٦ — ٣ — ٩٣٧

أخرى صحيحة تستقيم معه ، وتناقض أسباب الحكم ، لا يبطله اذا بنى على أسباب صحيحة كافية[1][2].

وعلى العكس ، اذا وردت فى أسباب الحكم تقديرات لمبادئ قانونية سليمة صحيحة فانها لا تؤثر فى تصحيح المنطوق اذا كان قد صدر مخالفا للقانون ولم يبن على تلك التقديرات الصحيحة .

و قد قضت محكمة النقض اعمالا للمبادئ المتقدمة بأنه اذا كان الحكم قد قضى للطاعن بالتعويض على أساس أن اخلال الشركة المطعون عليها بالتزاماتها قد ضيع عليه فرصة كان يترقبها من وراء اظهاره فى الافلام المتعاقد عليها ، وهى ذيوع شهرته كممثل سينمائى فانه يكون من غير المنتج النعى على هذا الحكم بأنه وصف هذا الضرر بأنه ضرر أدبى فحسب فى حين أن الطاعن يرى أن الوصف الحقيقى المنطبق عليه أنه ضرر مادى متى كان لم يقدم الى محكمة الموضوع ما يدل على أن ضررا آخر محققا قد حاق به خلاف الضرر الذى قضى له بالتعويض من أجله [3] .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد كيف دعوى منع التعرض بأنها دعوى استرداد حيازة ، وهى لا يشترط فيها توافر الحيازة لمدة سنة فانه لا يعيبه ما تزيد به بعد ذلك فى بحث الدعوى على اعتبارها منع تعرض مهما جاء فيه من خطأ[4].

---

(١) جلاسون ٣ رقم ٧٤٥ وفاى رقم ٩٩ و١١٣ ، ونقض فرنسى ٣ فبراير ١٨٦٤ سيرى ٦٤ - ١ - ١٠ و ٩ فبراير ١٩١٠ سيرى ١٣ - ١ - ١٥٠ و ٢١ ابريل ١٩١٣ ، سيرى ١٩١٤ - ١ - ٥ و ٢ نوفبر ١٩١٣ ، سيرى ١٩١٥ - ١ - ٧٨ و ٨ نوفبر ١٩٢٢ ، سيرى ٢٤ - ١ - ٣١٣ ، ونقض ٢٨ يوليه ١٩٢٥ ، سيرى ١٩٢٥ - ١ - ٣٠٥ و ٢٤ يناير ١٩٢٨ جازيت باليه ٢٨ - ١ - ٥٤٤ .

(٢) ولمحكة النقض أن تستكمل الأسباب القانونية اللازمة فى الأحوال المتقدمة ، وتستدرك ما وجدته فى بعض الأسباب من الأخطاء القانونية - جلاسون المرجع السابق ، ونقض ٢٤ يناير ١٩٢٨ جازيت باليه ١٩٢٨ - ١ - ١٥٤٤ والأحكام العديدة المشار اليها فى المرجع السابق .

(٣) نقض ١٠ ديسمبر ١٩٥٣ المجموعة ٥ - ١ - ٢٤١

وأنظر ١٣ نوفبر ١٩٥٢ . المجموعة ٤ - ١ - ٨٨ ، ونقض أول مايو ١٩٥٢ - المجموعة ٣ - ٣ - ٩٩٢ ، نقض ٢١ يونيه ١٩٥٦ المجموعة ٧ - ٢ - ٧٤٢ ، ونقض ٤ مارس ١٩٥٤ المجموعة ٥ - ٢ ٥٧٢ ، ونقض ٨ يناير ١٩٥٣ المجموعة ٤ - ٢ - ٣٤٤

(٤) نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ المجموعة ٦ - ١ - ٢٠٨١

وقضت بأنه اذا كان الحكم المطعون فيه قد أغفل الرد على دفع الطاعنة بعدم قبول استئناف المطعون عليهما لسابقة الفصل فيه بالحكم الصادر فى استئناف البائعة وبنى قضاءه على أسباب أخرى لا تتصل بهذا الدفع ، فان هذا الخطأ يكون غير منتج ولا يؤثر فى سلامة النتيجة التى انتهى اليها من رفض الدفع وقبول الاستئناف بعد أن تبين مما تقدم أن الحكم السابق لم يحز قوة الأمر المقضى فى خصوص طلب قبول المطعون عليهما خصمين ثالثين فى الدعوى[1].

وقضت بأن خطأ الحكم فى الاسناد لا يبطله اذا كان هذا الخطأ قد ورد استطرادا زائدا بعد استيفاء دليل الحكم، ولا أثر له فى النتيجة التى انتهى اليها[2].

وقضت بأن خطأ الحكم فى تطبيق القانون لا يبطله اذا كان هذا الخطأ لم يؤثر فى سلامة منطوقه . واذن فاذا كان الحكم اذ قضى بأن التقادم لا يبدأ الا من الوقت الذى تخرج فيه العين من حيازة الراهن بحجة أنها ما دامت فى حيازته فان يده عليها هى الدليل الحسى الملموس على بقاء الرهن واستمراره وأنه لا تقادم ولا سقوط مهما طال أمد الرهن وكان هذا خطأ فى القانون ، الا أن هذا الخطأ لا يبطله اذا كان الحساب بين الطاعن والمطعون عليهم لم يصف بعد ، وكان عقد الرهن كذلك لم ينقض ، وكان حق المطعون عليهم بالتالى فى طلب الحساب واسترداد العين المرهونة لم يزل باقيا لم يلحقه تقادم[3] .

وقضت بأنه لا يبطل الحكم اذا وقع فى أسبابه خطأ فى القانون ما دام هذا الخطأ لم يؤثر فى النتيجة التى انتهى اليها . واذن فخطأ الحكم فيما قرره من أنه ينبنى على تقصير المشترى - الطاعن - فى تنفيذ التزاماته بالنسبة الى أحد القطعتين المبيعتين بطلان عقد البيع برمته مع أن هذا التقصير لا يعد سببا

---

(1) نقض ١٦ أكتوبر ١٩٥٢ المجموعة ٤ - ١ - ١١

(2) نقض ٢٦ أكتوبر ١٩٥٠ المجموعة ٢ - ١ - ٩

(3) نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ المجموعة ٢ - ١ - ٩٣

لاعتبار العقد باطلا ، هذا الخطأ لا يبطل الحكم متى كان قد أقيم فى أساسه على ما حصلته المحكمة من أن التزامات المشترى بالنسبة الى القطعتين واحدة لا تقبل التجزئة ، وأنه قصر فى الوفاء بها ، وأن البائع — المطعون عليه — تمسك قبله بالدفع بعدم التنفيذ فلا يكون محقا فى دعواه[1].

وقضت بأنه متى كان الحكم مقاما على أدلة تسنده فلا يؤثر فى سلامته ما يكون قد وقع به من خطأ فى الاسناد أو اغفال لبحث بعض الأوراق فيما ورد فيه تزيدا[2].

وقضت بأنه لا يعيب الحكم أن يكون قد اعتبر الاتفاق وكالة بالعمولة فى حين أنه عقد من نوع خاص متى كان قد انتهى الى نتيجة سليمة[3].

٦٠ — وجوب تسبيب كل حكم يصدر بصورة صريحة أو ضمنية فى طلب أصلى أو احتياطى أو عارض ، أو فى دفع موضوعى أو شكلى أو فى دفع من الدفوع بعدم القبول أو فى دفع ردا على دفع آخر ، متى قدم الطلب أو الدفع الى المحكمة تقديما صحيحا وصريحا :

القاعدة هى وجوب تسبيب كل حكم يصدر فى طلب أصلى أو احتياطى أو فى طلب عارض من المدعى أو المدعى عليه أو من الغير (التدخل فى الخصومة) أو من أحد الخصوم فى مواجهة الغير (اختصام الغير) . كما يلزم تسبيب كل حكم يصدر فى دفع سواء أكان هذا الدفع شكليا أو موضوعيا أو من الدفوع بعدم قبول الدعوى أو كان دفعا للدفع (كالدفع بعدم قبول دفع شكلى للتمسك به بعد الميعاد — وهو من الدفوع بعدم القبول التى تبدى فى أية حالة تكون عليها الاجراءات عملا بالمادة ١٤٢) . ويعمل بالقاعدة المتقدمة سواء أصدر الحكم فى الطلب أو الدفع بصورة صريحة أم ضمنية . ويشترط لاعمالها أن يدلى

(١) نقض ٢٢ مارس ١٩٥١ المجموعة ٢ — ٢ — ٤٤٤ .
وانظر أيضا نقض ٥ ابريل ١٩٥٤ — المجموعة ٢ — ٣ — ٦٩٣ .
(٢) نقض ٢٤ نوفبر ١٩٤٩ — المجموعة ١ — ٣٩ .
ونقض ٣٠ مارس ١٩٥٠ — المجموعة ١ — ٣٩١ .
(٣) نقض ٢١ مايو ١٩٥٣ — المجموعة ٤ — ٣ — ١٠٦١ .

الخصم بالطلب (١) أو الدفع بصورة واضحة صريحة مفهومة (٢) وألا يتنازل صراحة أو ضمنا عن التمسك به (٣) ، وأن يكون التقدم به صحيحا الى المحكمة . ويلاحظ أنه اذا رأت المحكمة بطلان الاجراء الذى قدم به الطلب أوالدفع ، أو رأت عدم قبول هذا أو ذاك لسبب ما فانه من الواجب تسبيب القضاء الصادر بالبطلان أو بعدم القبول (بناء على تمسك صاحب المصلحة أو من تلقاء نفس المحكمة وفقا لظروف الأحوال) .

وكثيراً ما يصدر الحكم مشتملا على أسباب عامة تصلح للرد على سائر الطلبات أو الدفوع وفق ما سوف نراه فى الفقرات التالية .

ويلاحظ أخيراً ان اغفال الفصل فى طلب موضوعى يجيز للخصم صاحب المصلحة الرجوع الى المحكمة للفصل فيما أغفلته عملا بالمادة ٣٦٨ بشرط أن يكون الاغفال اغفالا كليا . ولا يؤثر هذا الاغفال فى صحة القضاء الصادر فى الطلبات الموضوعية الأخرى . واغفال الفصل فى دفع ما (أو طلب فى صورة دفع شكلى) بصورة صريحة أو ضمنية يؤدى الى الغاء الحكم الصادر فى الموضوع اذا بنى على القضاء الضمنى غير المسبب برفض الدفع وفق ما سوف نراه فيما بعد . أما اغفال الرد على أدلة الخصوم أو أوجه دفاعهم أو مستنداتهم أو طلبهم احالة الدعوى على التحقيق فسوف ندرس أثره فى المبحث التالى .

---

(١) نقض أول ديسمبر ١٩٤٩ — مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٥٤

(٢) لا تثريب على المحكمة ان هى لم تبحث صورية العقد متى كان الخصم لم يخرج قوله بالصورية مخرج الدفع الصريح الواضح الذى يحتم على المحكمة أن ترد عليه (نقض ١٥ مايو ١٩٤٢ — مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٤٣٩) وقضت محكمة النقض بأنه لا يعد دفعا صريحا ببطلان تقرير الخبير يلزم المحكمة بالرد عليه ومناقشته قول الخصم « من العدالة أن يكون تقدير الريع متناسبا مع هذه القيمة ... بدون التفات لأعمال الخبير الباطلة الذى باشر عمله فى غياب المستأنفة بدون أن يعلنها بيوم مباشرة عمله ... » نقض ٩ ديسمبر ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٦٧٨

(٣) حكم بأنه اذا دفع الخصم بعدم الاختصاص المحلى ثم طلب التأجيل ليثبت بتقديم سندات معينة براءة ذمته من جزء من الدين ، وقدم هذه المستندات ثم وافق على تأجيل آخر ، فانه يكون قد عدل عن حقه فى التمسك بعدم الاختصاص ، مرجع القضاء رقم ٧٩٣٣

٦١ – أحكام لاتسبب لأن مجرد النطق بها يفصح فى ذاته عن سبب صدورها :

الأحكام غير القطعية المتصلة باثبات الخصوم أو بتنظيم سيرها :

مجرد النطق بالحكم باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات يفصح فى ذاته عن سبب صدوره ، ولا يتطلب الأمر تسبيبه ، اما اذا عدلت المحكمة عما أمرت به من اجراءات الاثبات فمن الواجب اثبات سبب العدول بالمحضر عملا بالمادة ١٦٥ .

وجدير بالاشارة أن المحكمة اذا تناولت فى حكمها بحث جواز الاثبات قانونا بطريق معين أو عدم جوازه أو تحديد الخصم المكلف قانونا بالاثبات فانها تكون قد حكمت بقضاء قطعى يلزم تسبيبه ويخضع لرقابة محكمة النقض[١].

ومجرد النطق بقرار المحكمة بضم دعويين يشف عن سبب صدوره ، وهو توافر رباط بينهما . كذا الحال بالنسبة للقرار بالفصل بينهما[٢].

القرارات الصادرة من دائرة فحص الطعون باحالة الطعن الى الدائرة الخماسية :

هذه القرارات لا يلزم تسبيبها عملا بالمادة ٤٣٢ (معدلة بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥) . وذلك لأن مجرد النطق بها يفصح فى ذاته عن سبب صدورها ، وهو جدارة عرض الطعن على الدائرة الخماسية . ولأن التسبيب قد يشف عن وجهة نظر دائرة فحص الطعون وقد تتعارض مع وجهة نظر الدائرة المحال اليها الطعن . ولأن هذا التسبيب يبرر منع اعضاء دائرة فحص الطعون من الاشتراك فى الدائرة الخماسية رفعا للحرج . فى حين أن المشرع قصد اشراك هؤلاء فى الدائرة الخماسية[٣].

---

(١) (٢) راجع بالنسبة للحكم الصادر بوقف الدعوى وطبيعته : جلاسون ٣ رقم ٧٤٤ والأحكام المشار اليها – وكتاب الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع .

(٣) كتاب نظرية الدفوع الطبعة الثانية رقم ١٦١ .

الأحكام الصادرة من دائرة فحص الطعون برفض الطعن بالنقض :

يكتفى المشرع بأن تدون هذه الأحكام بمحضر الجلسة وتبين الدائرة فيه بايجاز وجهة نظرها (المادة ٤٣٢ معدلة بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥) .

وواضح أن المشرع قصد بذلك تفادى التناقض والتعارض الذى قد يحدث بين قضاء هذه الدائرة وقضاء الدائرة الخماسية فيما لو أوجب تسبيب الأحكام الصادرة بالرفض ، فيقع الحرج الذى كان سبب نقد النظام الفرنسى وكان سبب الغائه [١] ، هذا فضلا عن أن الدائرة لا تتوافر لديها العناصر الكاملة للحكم . اذ المفروض أن يصدر قضاؤها فى غفلة من المطعون عليه (م ٤٣٢ معدلة بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥) .

الأحكام الصادرة بما للمحكمة من سلطة تقديرية فى اختيار أحد وجهى الحكم بالقانون :

اذا أجاز المشرع للقاضى الأخذ بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه من ظروف كل قضية ، فان معنى هذا أن المشرع يترك للقاضى سلطة تقديرية مطلقة متى توافرت الحالة القانونية التى بصددها أجاز له اختيار أحد وجهيها ، دون حاجة الى ابداء أسباب هذا الاختيار ، لأن مجرد اجراء هذا الاختيار يفصح عن سببه — وهو ارتياح المحكمة نظرا لظروف القضية ووقائعها فى تفضيل خصم على آخر . ولا يخضع هذا التقدير والاختيار لرقابة محكمة النقض[٢] بشرط أن تكون الحالة القانونية — التى أجاز فيها المشرع للمحكمة اعمال السلطة التقديرية [٣] — قائمة وثابتة بما يؤيدها من الأسباب الواقعية والأسباب القانونية .

وقد يجيز المشرع للقاضى السلطة التقديرية المتقدمة بالنسبة الى اعمال قواعد القانون المدنى أو التجارى أو البحرى أو قانون المرافعات .

(١) المرجع السابق .

(٢) أنظر فى هذا الموضوع فاى ص ١٦٦ وجارسونيه ٦ ص ٦٥٧ ، وحامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ٧٩ وما يليه .

(٣) pouvoir discretionnaire

فمثلا تجيز المادة ١٥١/هـ للمحكمة أن تأذن للمدعى أو للمدعى عليه (م ١٥٢/د) الادلاء بطلبات عارضة بشرط أن تكون مرتبطة بالدعوى الأصلية ، وتجيز لها ألا تأذن بها ولو كانت مرتبطة بها . فمتى ثبت من الحكم أن الطلب الذى تقدم به الخصم أثناء نظر الدعوى هو مرتبط بها ووضح دليل هذا الارتباط ، فانه يكون صحيحا اذا قبل الطلب بصورة عارضة ولو لم يستند الى نص المادة ١٥١ أو المادة ١٥٢ ، أو لم يبرر دواعى قبول الطلب . واذا ثبت من الحكم أن الطلب مرتبط بالدعوى ومع ذلك لم يقبله بصورة عارضة فانه يكون صحيحا ولو لم يبرر عدم القبول . أما اذا أثبت الحكم أن الطلب لا يرتبط بالدعوى ، وكان الطالب قد استند فى قبوله الى مجرد الفقرة هـ من المادة ١٥١ أو الفقرة د من المادة ١٥٢ ، ولم يكن مندرجا أو معتبرا من بين حالات قبول الطلبات العارضة الأخرى المشار اليها فى هذه المادة أو تلك . بحيث لا تلزم المحكمة بقبوله تحقيقا لاعمال القانون اعمالا صحيحا . فان الحكم لا يكون باطلا ولو لم يبين ويوضح انتفاء الارتباط . ما دامت المحكمة مخيرة بين قبوله أو عدم قبوله ولو كان بالفعل مرتبطا بالدعوى الأصلية وما دام هذا الطلب ليس من بين الحالات التى تلزم فيها المحكمة بقبوله بصورة عارضة .

ويجيز المشرع فى المواد ٤٦٩ وما يليها الحكم بالنفاذ المعجل أو رفضه أو الحكم بالكفالة أو رفضها حسبما تقدره المحكمة من ظروف كل حالة . فترجح بين مصلحة المحكوم له ومصلحة المحكوم عليه . ويجب أن يثبت فى الحكم طلب الخصم شمول الحكم بالنفاذ وأن الحالة المذكورة فيه تندرج تحت أحوال النفاذ المعجل بحكم المحكمة جوازا . ويجب تبرير هذا القضاء بما يؤيده من الأسباب الواقعية والقانونية . ولا يلزم بعدئذ تبرير الحكم بالنفاذ أو رفضه . أما اذا أثبت الحكم أنه لا يعد من أحوال النفاذ المعجل الاختيارى فلا يلزم تسبيب هذا القضاء متى كانت حقيقة الحال أنه لا يعد أيضا من أحوال النفاذ المعجل الوجوبى . وذلك لأن المحكمة مخيرة بين شمول الحكم بالنفاذ أو عدم شموله ولو كان بالفعل من أحوال النفاذ المعجل الاختيارى .

وتنص المادة ١٠٩[١] على جواز الحكم على المدعى بوقف الدعوى مدة ثلاثة أشهر بدلا من الحكم عليه بالغرامة اذا تخلف عن ايداع مستنداته فى الميعاد أو عن تنفيذ أى اجراء كلفته به المحكمة ، وذلك بعد سماع أقوال المدعى عليه . فاذا مضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعى ما أمرته به المحكمة جاز الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن .

واعمال المادة المتقدمة يقتضى أن تتحقق المحكمة من توافر الشروط الواردة فى صدر المادة ، وأن تثبت فى حكمها أن المدعى هو المهمل وأنها قد سمعت أقوال المدعى عليه قبل الحكم بالوقف ، وبعدئذ يكون الأمر اختياريا فى الحكم بالوقف أو عدم الحكم به .

واذا عجلت الدعوى بعد وقفها ولم ينفذ المدعى ما أمرته به المحكمة جاز لها الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن . ومجرد النطق بهذا الحكم يفصح عن سبب صدوره .

وقضت محكمة النقض بأن القضاء بنفقة مؤقتة لمستحق فى وقف وتحديد قيمتها مما يدخل فى سلطة القاضى التقديرية (الاطلاقية) . فالمحكمة ليست ملزمة بابداء ما تستند اليه فى تقرير هذه النفقة وفى تقدير قيمتها[٢].

وتنص المادة ١٧٣ على أنه اذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الاجابة بغير مبرر قانونى جاز للمحكمة أن تقبل الاثبات بشهادة الشهود والقرائن فى الأحوال التى ما كان يجوز فيها ذلك .

وجدير بالذكر أن هناك أحوالا يترك فيها المشرع للمحكمة سلطة تقديرية ، وانما هذه السلطة التقديرية مقيدة ، بحيث اذا لم تبين بصورة صريحة أو ضمنية ما يبرر ما نحت اليه كان حكمها معيبا .

---

[١] راجع أيضا المادة ٥٦٥ و٥٦٦ فى حجز ماللمدين لدى الغير ، والمادة ٤٧٢ .

[٢] نقض ١٣ مايو ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ٢ ص ١٦٣ .

فمثلا اذا كانت المحكمة تملك الحكم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصم فى الدعوى احالتها الى التحقيق ، كما تملك رفض هذا الطلب ، فانها مع ذلك تلزم ببيان سبب الرفض ، وكثيرا ما ترد فى الحكم أسباب عامة تصلح للرد على مثل هذا الرفض ، أو رفض باقى القرائن التى لم تستند اليها المحكمة[1].

٦٢ — أحكام لا تسبب لأنها تعد قائمة على أسباب الحكم فى الموضوع — توابع الطلب الأصلى وما يرتبط به برباط قوى — المصاريف:

اذا كان الأصل عند تعدد الطلبات (أو الدفوع) أن يبين القاضى فى حكمه الأسباب الخاصة المتعلقة بكل طلب (أو دفع) فانه لا مانع مع ذلك من اقامة جميع أجزاء الحكم على أسباب عامة تصلح لكل واحد منها ، أو من اقامته ، اذا كان قاضيا بقبول طلب أو دفع أو رفضه ، على أسباب تصلح لحمل قضائه بقبول أو رفض طلب أو دفع آخر . فمثلا بحسب المحكمة أن تذكر فى حكمها عدم قبول الدعوى المرفوعة فيما يختص برد عين الوقف بالحالة التى هى عليها ليحمل على تلك الأسباب قضاؤها بعدم قبول دعوى ريع هذه العين مدة الغصب المدعى به . فان الدعوى الثانية تنزل من الأولى منزل التابع من المتبوع . وتأخذ حكمها قبولا ورفضا بطريق الاقتضاء[2].

والحكم بأصل الحق وما تبعه أو التحق به من التوابع والملحقات أو برفض ذلك جميعا ، يكفى فيه أن يكون مشتملا على الأسباب التى بنى عليها الحكم بقبول الطلب الأصلى أو رفضه . ولا يصح الطعن عليه بأنه خلو من أسباب صريحة خاصة بالطلبات التابعة أو الملحقة . فحسب الحكم الصادر بالزام المدعى بالدين وفوائده من وقت المطالبة الرسمية والمصاريف أن يكون مسببا فى خصوص أصل الالزام بالدين . ليقام على أسبابه الحكم بالفوائد والمصاريف ، وحسب الحكم الصادر برفض طلب تثبيت الملك ورد ثمراته أن يبين كيف نفى الملك عن المدعى . ليدل الحكم على أنه غير مستحق لثمراته . وحسب الحكم الصادر برفض الدعوى التى طلب فيها فسخ العقد . والتعويض نتيجة الفسخ

(١) راجع ما قدمناه فى مدى سلطة قاضى الدعوى فى هذا الصدد .

(٢) نقض ١٨ فبراير ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ٢ ص ٩٦ .

ان تبين المحكمة سبب الحكم برفض الفسخ لتحمل عليه الحكم برفض التضمينات ، وكل ما تقدم مشروط بعدم منازعة الخصم فى أصل الالتزام بالملحقات والا وجبت الاجابة عليها بأسباب خاصة[1] .

وفيما يلى أمثلة من أحكام المحاكم اعمالا للقواعد المتقدمة :

قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه اذا حكم للمدعى بمطلوبه ومع ذلك الزمه الحكم بالمصاريف وجب تسبيب هذا الحكم الأخير بأسباب تبرره والا كان باطلا[2] ، واذا لم تبين المحكمة فى حكمها وجه الزام المحكوم عليهم بالمصاريف بالتضامن كان باطلا[3] ، واذا رفضت المحكمة طلبات الخصم الأصلية ، فان أسباب هذا الرفض صالحة لاقامة الحكم برفض توابع هذا الطلب وملحقاته أو طلباته الاحتياطية[4].

وقضت محكمة النقض بأنه متى كانت الفوائد فى صورة القضية تعتبر من الطلبات التابعة لطلب التعويض الأصلى ، وكان الحكم اذ تعرض للطلب الأصلى قد اشتمل على الأسباب التى بنى عليها قضاءه وهى أسباب شاملة يتحمل عليها القضاء فى الطلب التابع ، فانه لا تثريب على المحكمة اذ هى لم تورد بيان العناصر التى استندت اليها فى هذا الخصوص ، ما دام أن عناصر التعويض الأصلى التى أوردتها وافية البيان لا يشوبها القصور[5] .

---

(١) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ١٩٣

(٢) نقض فرنسى ٢٢ يوليه ١٨١٦ — ربرتوار دالوز رقم ١٠٤٩ تحت عبارة «الأحكام» .

(٣) نقض فرنسى ٥ يناير ١٨٨١ (دالوز ٨١ — ١ — ١٢٩) — مع مراعاة المادة ٣٥٧ من القانون المصرى ، بمعنى أنه اذا كانوا متضامنين فى أصل التزامهم المقضى فيه ، فيعد الحكم بالزامهم فى المصاريف بالتضامن قائما على المادة ٣٥٧ متى وضح فى الحكم التزام هؤلاء متضامنين فى أصل الالتزام .

(٤) نقض فرنسى ١٥ مايو ١٨٧٦ (دالوز ٧٦ — ١ — ٤٣٦) .

(٥) نقض ١٧ فبراير ١٩٥٥ — مجموعة ٦ — ٢ — ٦٧٩ — ومع ذلك قضت بأن الفوائد — فى صورة قضية أخرى مطروحة عليها — ليست من الملحقات الواجب القضاء بها حتما تبعا للأصل حتى يمكن القول بأن الحكم بها انما كان سببه هو اعمال حكم القانون — واذن كان يتعين تسبيب القضاء الصادر فيها — نقض ١٩ يونيه ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ٣ ص ٣٨٥ .

وانما يلاحظ أنه اذا قضت المحكمة بالمبلغ الذى يستحقه الخصم ورفضت طلب الفوائد دون أن تورد الأسباب التى تبنى عليها هذا الرفض ، فان حكمها يكون قاصرا فى هذا الخصوص مما يستوجب نقضه[1].

وقضت بأنه اذا اشتملت الدعوى على طلبين ، هما فسخ عقد والتعويض ، وثبت أن أسباب الفسخ هى بعينها الأسباب التى أقيم عليها طلب التعويض ، فان بحث المحكمة فى طلب التعويض يعتبر بحثا للاسباب التى أقيم عليها طلب الفسخ[2]، وكذلك الحال اذا رفضت المحكمة طلبا موجها الى مدعى عليهما بطريق التضامن بينهما[3]. وانما اذا اشتملت الدعوى على طلبين أحدهما بطلان عقد والثانى رد المبلغ الذى دفع بناء على هذا العقد ، ورفض الحكم الدعوى بشقيها ، وذكر أسبابا لا تنصب الا على الطلب الأول وحده ولا تؤدى الى رفض الطلب الثانى ، فان الحكم يكون قاصر التسبيب فى هذا الصدد [4] .

والحكم بتحديد الملزم بالمصاريف وقدرها اذا ما صدر متمشيا مع القضاء فى موضوع الدعوى ، فانه يعتبر قائما على الأسباب التى أقيم عليها الحكم فى الموضوع ، كما اذا قضت المحكمة لكل من الخصمين ببعض طلباته وحملتهما المصاريف مناصفة عملا بالمادة ٣٥٩[5] .

---

(١) نقض ٢٦ مارس ١٩٥٣ المجموعة ٤ - ٢ - ٧٣٥ ، ونقض ١٦ يونيه ١٩٥٥-المجموعة ٦ - ٣ - ١٢٦٦ . وقضى بأن الحكم الصادر بالدين وبالفوائد - لا من وقت المطالبة القضائية بل من يوم صدور الحكم المستأنف - يجب تسبيبه فى الأمرين (نقض فرنسى ١٩ ديسمبر ١٨٧٧ - دالوز - ٧٧ - ١ - ٢٩٥ ، ونقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ المجموعة ١-٥٣٤)

(٢) نقض ٢٧ مارس ١٩٥٢ - المجموعة ٣ - ٢ - ٦٧٦

(٣) نقض ١٦ نوفبر ، ١٩٥٠ المجموعة ٢ - ١ - ٤٣

(٤) نقض أول مايو ١٩٥٢ ، المجموعة ٣ - ٣ - ١٠١٦

(٥) راجع حكم النقض ٢٦ نوفبر ٤٩٤٢ ، مجموعة القواعد القانونية ٤ ص١٠ وجلاسون ٣ رقم ٧٤٥ ونقض فرنسى ١٣ مايو ١٩٢٢ ، جازيت باليه ١ - ٧٢٤ ونقض ٣ مارس ١٨٩٧ سيرى ٩٨ - ١ - ١٣ - ١ - ١٣ ونقض ١٩ فبراير ١٨٩٦ سيريه ٩٦ - ١ - ٦٤٤

وقضت محكمة النقض بأنه اذا طلب المستأنف انقطاع الخصومة لوفاة أحد المستأنف عليهم، وأصدرت المحكمة حكمها بتأييد الحكم المستأنف دون أن ترد على هذا الطلب فحسبها أن يتضح من بيانات الحكم أنها قد رفضته لحصول الوفاة بعد قفل باب المرافعة وتأجيل القضية[1]. ويكون رفض الطلب مؤسسا على المادة ٢٩٥ .

٦٣ — الأسباب الواقعية والأسباب القانونية[2] — مدى رقابة محكمة النقض عليها :

يبين من كل ما تقدم أن من الأسباب ما يبرر الواقع الذى استخلصه القاضى ، ومن الأسباب ما يبرر ارساء القاعدة القانونية التى اختارها بصدده، وتسمى الأولى الأسباب الواقعية . وتسمى الثانية الأسباب القانونية .

والأصل أن محكمة النقض تشرف على صحة تطبيق القانون دون أن تتعرض لما تعلق بواقع الدعوى ، اذ لا دخل للقانون فى تحصيل فهم الواقع فى ذاته ومن ثم لا تملك القيام بالبحث عن أدلة جديدة . أو تجرى تحقيقا . أو تنتقل للمعاينة . أو تطلع على أوراق لم تقدم الى قاضى الدعوى . كما لا تملك الترجيح والموازنة بين الدلائل والقرائن التى قدمت الى قاضى الموضوع . لأن القانون قد خول له سلطة مطلقة فى هذا الصدد دون رقابة أو اشراف من جانب محكمة النقض .

واذا كان هذا هو الأصل العام الا أن لمحكمة النقض أن تراقب فهم الواقع من نواح أربعة رئيسية :

١ — التحقق من أن قاضى الدعوى قد احترم القواعد الموضوعية فى الاثبات بالنسبة الى الأحوال التى يجوز فيها سلوك كل طريق من طرق الاثبات بحسب طبيعة المراد اثباته وما اذا كان وقائع مادية أم روابط قانونية ، وبالنسبة الى قوة الدليل المستفاد منه والخصم المكلف بالاثبات ، وينبغى على قاضى الدعوى أن يتقيد بما تقدم ويأخذه عن القانون أخذا صحيحا .

---

(١) نقض ٣٠ يونيه ١٩٣٢ ، مجموعة القواعد القانونية ١ ص ١٣٥ .

(٢) les motifs de fait et les motifs de droit

٢ — التحقق من أن قاضى الدعوى قد احترم القواعد الاجرائية فى الاثبات ، على ما قدمناه [١]، فلم يستند الى نتيجة مستخلصة من تحقيق باطل ، أو يستند الى ورقة قدمها خصمه بعد قفل باب المرافعة وفى غفلة من خصمه الخ .

٣ — تتبع سير اجراءات الخصومة ومراقبته من واقع الأوراق الثابت فيها تلك الاجراءات ، بان تطلع محكمة النقض عليها لتتحقق بنفسها من حقيقة الواقع فى الدعوى وما اذا كان يتمشى مع ما قررته المحكمة . وكثيرا ما تبينا — من الأمثلة العديدة لأحكام محكمة النقض المتقدمة — أن قاضى الموضوع يبنى حكمه على واقعة وهمية لا أصل لها فى الأوراق أو تخالف الثابت منها. ولا يصح أن يحتج على ما تقدم بمقولة ان قاضى الدعوى قد تثبت من وقائعها بما ذكره فى حكمه ، وذلك لأن النزاع يتعلق فى واقع الأمر بمسألة قانونية هى مدى أخذه بوقائع الدعوى الثابتة وما اشتملت هى عليه من حجج وبيانات ، وما اذا كان قد مسخها وجردها من طبيعتها وجوهرها .

واذن تملك محكمة النقض تتبع الوقائع الاجرائية[٢] بالاطلاع على أوراق الاجراءات . وذلك عند الادعاء بأن ما جاء به الحكم المطعون فيه يخالف ما احتوته تلك الأوراق[٣].

٤ — التحقق من أن قاضى الدعوى قد قدر أدلتها تقديراً يتمشى مع المنطق السليم [٤].

وبالنسبة الى تكييف الوقائع الصحيحة وارساء القاعدة القانونية مع آثارها عليها ؛ فقد قدمنا أنه يقتضى جهدا قانونيا ، ومن ثم تراقب محكمة النقض التكييف حتى تحدد ما يندرج تحت عموم الألفاظ والعبارات والقواعد القانونية وما لا يندرج ؛ وعناصر أو شروط أو قيود هذه القواعد .

---

(١) فى الفقرة رقم ١٨ وما يليها ، وما ذكرناه من أمثلة فى هذا الصدد .

(٢) les faits procéduraux

(٣) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ٤٧ ، و الأحكام العديدة التى تقدمت دراستها فى الفترات السابقة .

(٤) راجع الأمثلة المشار اليها فى الفقرة رقم ٢٤ وما يليها .

٦٤ ـ الأسباب المكملة للمنطوق[١]، والأسباب التى تبرره[٢]:

تعد الأسباب الأولى مكملة لما يرد فى المنطوق من قضاء ، أما الثانية فهى تبرره فقط دون أن تشتمل على قضاء يحوز حجية ما .

وهذا الموضوع يخرج عن نطاق دراسة تسبيب الأحكام فى ذاته[٣].

المبحث الثانى

جزاء قصور التسبيب

٦٥ ـ اذا كان المشرع يوجب تسبيب الأحكام تسبيبا جديا فذلك ليحقق غاية المراد منه ، على التفصيل المتقدم :

واذن ليس يكفى أن تبدى أسباب مبهمة أو غامضة أو مجملة أو متهاترة أو متخاذلة أو ناقصة أو متناقضة يمحو بعضها بعضا أو مضطربة ـ ليس يكفى أن تبدى مثل هذه الأسباب لاعتبار الحكم صحيح الشكل من ناحية التسبيب[٤] ولا يعقل أن يكون مقصود قانون المرافعات أن يأتى القاضى بأية أسباب خاطئة أو غامضة فيصبح حكمه صحيح الشكل ، أو أن يردد مثل هذه

---

(١) أو الجوهرية **les motifs objectifs**

(٢) أو العرضية **les motifs subjectifs**

(٣) انظر الدراسة التفصيليه للموضوع فى كتاب الأحكام الصادر قبل الفصل فى الموضوع رقم ٢١ وما يليه ، وما اشرنا اليه من أحكام .

(٤) اتجه رأى قديم فى فرنسا يكتفى لصحة شكل الأحكام من ناحية التسبيب أن تذكر به أية أسباب صحيحة أم خاطئة ، كافية أم غير كافية استنادا الى المادة ٧ من قانون ٢٠ أبريل ١٨١٠ التى تنص على أن أحكام محاكم الاستئناف التى لاتشتمل على أسباب تكون باطلة والى أن القانون الفرنسى يحتم على محكمة النقض الا تنقض الحكم الا اذا كانت هناك مخالفة صريحة للقانون .

ولقد رأت محكمة النقض الفرنسية أن الأخذ بالظاهر المتقدم لا يحقق مقصود المشرع من التسبيب فاوجبت أن تسبب الاحكام تسبيبا صحيحا كافيا والا كانت باطلة . نقض فرنسى ٣ فبراير ١٨٩٧ (دالوز ٩٧ ـ ١ ـ ١٧٨) ، ونقض فرنسى ١٣ فبراير ١٨٦١ (دالوز ٦١ ـ ١ ـ ٤٨٨) ، ونقض فرنسى ٢٧ نوفبر ١٨٨٤ (دالوز ـ ٨٦ ـ ٧٩) ونقض فرنسى ٦ يوليه ١٩٠٥ (دالوز ١٩٠٨ ـ ١ ـ ٢٥٦) جلاسون ٣ رقم ٧٤٥ ونقض فرنسى ٨ مارس ١٩٢٠ (سيرى ١٩٢١ ـ ١ ١٢١) ونقض فرنسى ٩ مايو ١٩١٧ (سيرى ١٩١٨ ـ ١ ـ ١٤) وفاى رقم ٩١ .

العبارات : ان الدعوى قد أقيمت على أساس صحيح ، أو انها فاسدة ، أو أن دفوع المدعى عليه ظاهرة الفساد أو أن احالة الدعوى على التحقيق فيه مضيعة للوقت وأن المدعى محق فيما يدعيه .

ولقد أيدت محكمة النقض المصرية اتجاه الرأى المتقدم فى كل أحكامها ومما قالته ان المشرع لم يقصد الزام المحكمة بتسبيب أحكامها أن يستكمل شكلها باعتبارها من أوراق المرافعات ، فيكتفى فيها بمطلق الأسباب ولو جاءت مبهمة تصح لكل حكم أو غامضة أو مجملة لا تقنع المطلع عليها بعدالتها ، وانما لا يؤتى التسبيب ثمرته الا اذا كان كافيا وكفيلا بأن يحقق المقصود منه ، والا استطاع قاضى الموضوع أن يجهل طريق الرد على أحكامه فيكتفى بأسباب مجملة أو غامضة أو ناقصة أو أسباب يخلط فيها بين ما يستقل هو بتحقيقه والحكم فيه من جهة الموضوع وبين ما تراقبه فيه محكمة النقض من ناحية القانون ، فتكون بذلك الأحكام المسببة خير تسبيب هى المعرضة لهذه الرقابة دون الأحكام الأخرى غير المسببة[1]. وقالت اذا كان لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى من الأدلة المقدمة ، وفى وزن هذه الأدلة وتقديرها وترجيح بعضها على بعض . فان خضوعه لرقابة محكمة النقض فى تكييف هذا الفهم بحكم القانون وفى تطبيق ما ينبغى من أحكام القانون يحتم عليه أن يسبب حكمه التسبيب الكافى لتمكين محكمة النقض من اجراء هذه المراقبة . فان قصر حكمه عن ذلك فعجزت محكمة النقض عن التقرير بنفى المدعى به من مخالفة القانون أو من الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، نقضت الحكم لخلوه من الأسباب الموضوعية أو لعدم قيامه على أساس قانونى[2].

وكانت المادة ١٠٣/١٠١ من قانون المرافعات القديم تنص على أن الأحكام التى تصدر من المحاكم الابتدائية ومن محاكم الاستئناف يلزم أن تكون مشتملة على الأسباب التى بنيت عليها والا كانت لاغية .

---

(١) نقض ١٩ نوفمبر ١٩٣١ المحاماه ١٢ ص ٢١٨

(٢) نقض ٢٣ مارس ١٩٣٢ المحاماه ١٣ ص ١٠٩٨ ونقض ٢٦ أبريل ١٩٣٤ المحاماة ١٤ ص ٤٢١ ، والاحكام العديدة المتقدمة الذكر فى الفقرات السابقة .

وجاءت المادة ٣٤٧ من قانون المرافعات الجديد تنص على أن الأحكام يجب أن تكون مشتملة على الأسباب التى بنيت عليها والا كانت باطلة. واذن بمقتضى النص المتقدم يتعين تسبيب جميع الأحكام الصادرة من المحاكم ولو كانت جزئية .

وجاءت المادة ٣٤٩ ـ بعد أن عددت بيانات الحكم ومن بينها الأدلة الواقعية والحجج القانونية وأسبابه ـ جاءت فى فقرتها الثانية تنص على أن القصور فى أسباب الحكم الواقعية يترتب عليه بطلان الحكم .

ومؤدى المادة المتقدمة أن القصور فى أسباب الحكم القانونية لا يؤدى الى بطلانه ، وهى بهذا تخصص المادة ٣٤٧ المتقدمة الذكر . فمتى كانت أسباب الحكم الواقعية صحيحة سليمة ، وكانت النتيجة التى انتهى اليها تتمشى مع نصوص القانون . وكانت القاعدة التى أخذ بها هى التى طبقت على الوقائع الثابتة ، فان الحكم يكون صحيحا سليما لا مطعن عليه[1].

وترتيبا على كل ما تقدم ، القصور فى أسباب الحكم الواقعية يؤدى الى بطلانه ، كما اذا أغفلت المحكمة وقائع هامة أو مسختها أو أغفلت الرد على دفاع جوهرى أو مستند هام لم يختلف الخصوم على دلالته وحجيته ، أو رفضت اثبات واقعة جوهرية فى الدعوى ، أو لم تدون طريق ثبوت الأدلة . أو استخلصت غير ما تشفه تلك الأدلة دون أن تعمل منطقا سليما فى هذا الصدد[2].

واذا كانت أسباب الحكم الواقعية سليمة صحيحة ، وكانت النتيجة التى انتهى اليها صحيحة قانونا ومتمشية مع الثابت من وقائع الدعوى ، فان الحكم يعد صحيحا ولو لم تذكر فيه القاعدة القانونية التى طبقت بصدده[3]. ولا يعيب

---

(١) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ١٩٩

(٢) راجع الفقرة رقم ٢٤ وما يليها . وراجع الأحكام العديدة المشار اليها فى الفهرس المدنى لقضاء محكمة النقض ، محمود احمد عمر ، رقم ٢١٢ وما يليه تحت عبارة حكم تسبيبه .

(٣) راجع الفقرة رقم ٥٣ وما أشرنا اليه من احكام .

الحكم — فى الصورة المتقدمة — قصور أسبابه القانونية كما اذا ذكرت أخطاء قانونية فى الأسباب ، أو تناقض بعض الأسباب القانونية مع البعض الآخر متى بنى على أسباب صحيحة كافية ، لأن المقصود بالخطأ فى القانون ، كسبب للطعن بالنقض ، هو ذلك الخطأ الذى يشوب منطوق الحكم دون أسبابه ، أو بعبارة أخرى ، هو الخطأ الذى يبنى الحكم عليه ، وهو فى هذه الحالة وجدها يكون سببا من أسباب الطعن بالنقض[1]. ثم ان الطعن فى الحكم لا يجدى اذ لامصلحة للمحكوم عليه فى تمسكه بالخطأ القانونى الثابت فى الأسباب لأن تصحيحها لا يغير وجه الدعوى ولا يؤثر فيما قضت به المحكمة ، ولا تمسه تلك الأسباب الخاطئة بأى ضرر يبرر بطلان الحكم . وعلى العكس ، اذا وردت فى أسباب الحكم تقديرات لمبادئ قانونية سليمة صحيحة فانها لا تؤثر فى تصحيح المنطوق اذا كان قد صدر مخالفا للقانون ، ولم يبن على تلك التقديرات الصحيحة .

واذا كانت أسباب الحكم الواقعية سليمة صحيحة ، وكانت النتيجة التى انتهى اليها تخالف القانون وغير متمشية معه ، فانه يكون مشوبا بخطأ فى تطبيق القانون ، ولا يكون باطلا ، سواء ذكرت أسباب قانونية خاطئة ، أو لم تذكر أسباب قانونية على وجه الاطلاق ، وذلك لأن المادة ٢/٣٤٩ مقتضاها حتما — كما قدمنا — أن القصور فى أسباب الحكم القانونية لا يرتب بطلانه[2] — والا فالقول بغير هذا يؤدى الى اعتبار جميع الأحكام المشوبة بخطأ فى تطبيق القانون باطلة فى ذات الوقت ، وهذه نتيجة غير مستساغة[3]. واذا كان هناك قصور فى أسباب الحكم الواقعية ، وفى أسبابه القانونية أيضا ، فان الحكم يكون باطلا ، ويكون مشوبا بخطأ فى تطبيق القانون اذا أمكن ادراك هذا الخطأ . وقيل ، فى هذا الصدد ، ان الطعن بالنقض فى الحكم بعدم قيامه على أساس قانونى ، اذ كان لا يقوم فى الواقع على مخالفة معينة منضبطة

---

(١) رقم ٥٨ وما أشرنا اليه من أحكام ، وحامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ١٩٩

(٢) راجع فى هذا الموضوع : نقض ١٦ يونيه ١٩٥٥ المجموعة ٦ — ٣ — ١٢٦٦ ونقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ المجموعة ١ — ٥٣٤ : ونقض ٣ أبريل ١٩٥٢ المجموعة ٣ — ٣ — ٨٦٢

(٣) وتؤدى الى اجازة استئناف جميع الأحكام الانتهائية المشوبة بخطأ فى تطبيق القانون — بصفة استثنائية وعملا بالمادة ٣٩٦ — بمقولة أنها باطلة .

يمكن ادراك وقوعها والعلم بها من الحكم نفسه وبناء النقض على أساسها ، بل يقوم على احتمال وقوعها وعجز محكمة النقض عن ضبطها (نتيجة قصور فى أسباب الحكم الواقعية) والقول بوقوعها على جهة اليقين ، فهذا الطعن ، وهذا هو جوهره ، لا يمكن ادراجه تحت حالة الطعن بمخالفة القانون ، بل الاشكل به ادخاله تحت حالة الطعن ببطلان الحكم لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التى يكون قد بنى عليها[1]. واذن اذا عجزت محكمة النقض عن التقرير بنفى ما ادعى به من مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله فان الحكم يكون باطلا لقصور أسبابه الواقعية[2].

٦٦ — أهمية التفرقة بين الحكم الباطل والحكم المشوب بخطأ فى تطبيق القانون :

خلو الحكم من الأسباب هو ولا شك عيب شكلى يؤدى الى بطلانه عملا بالمادة ٣٤٧ ، وكذلك الحال اذا كان التسبيب مشوها أو غامضا أو ناقصا أو مبهما أو متهاترة أو خاطئا على التفصيل المتقدم . أما الخطأ فى تطبيق القانون فهو عيب فى صميم موضوع الحكم .

وتبدو أهمية التفرقة بين بطلان الحكم وخطئه فى تطبيق القانون من ناحية طرق الطعن الجائزة بالنسبة الى كل منهما ، ومن ناحية حق محكمة النقض فى التصدى لموضوع الحكم عند نقضه . فالمادة ٣٩٦ تجيز — على سبيل الاستثناء

---

(١) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ١٩٩ ، وقيل ان الضرورة هى التى ألجأت محكمة النقض الى اصطناع هذا النوع من التعبير (عدم قيام الحكم على أساس قانونى) لتصل الى رقابتها على تسبيب الاحكام تسبيبا وافيا وإبطال الأحكام المسببة تسبيبا ناقصا مخلا بمقصود المشرع من ايجاب تسبيبها على الوجه المرضى .

(٢) راجع الاحكام العديدة المشار اليها فى الفهرس المدنى — الأستاذ محمود احمد عمر رقم ٢١٠ وما يليه — تحت عبارة حكم — تسبيبه . وراجع الاحكام المتعددة التى تقدمت الاشارة اليها فى الفقرات السابقة ورقم ٤ وما يليه . وقضى باعتبار الحكم فى الحالة المذكورة فى المتن قابلا للنقض لعدم قيامه على أساس قانونى صحيح أو باطلا لخلوه من الاسباب ، بغير ترجيح بين الأمرين — نقض ٢٣ مارس ١٩٣٣ المحاماة ٢٣ ص ١٠٩٨ ، واتجه القضاء بعدئذ الى اعتبار الحكم فى الحالة المذكورة فى المتن خالية من الأسباب . واستقر القضاء والفقه فى بلجيكا على هذا أيضا Simont : Des pourvois en cassatioin en matiere civile (1933) p. 26 .

استئناف الأحكام الانتهائية الصادرة من المحكمة الجزئية أو الابتدائية اذا كانت باطلة أو مبنية على اجراء باطل ، ولم تجزه اذا بنى الحكم على مخالفة أخرى للقانون . والمادة ٤٢٥ مكررا (مضافة بالمرسوم بقانون رقم ٣٥٤ لسنة١٩٥٢) تجيز على سبيل الاستثناء الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من المحكمة الابتدائية فى قضايا استئناف أحكام المحاكم الجزئية اذا كانت مبنية على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو تأويله فى دعاوى الحيازة والأحكام الصادرة فى مسائل الاختصاص ، ولم تجزه لمجرد صدور هذه الأحكام باطلة أو مبنية على اجراءات باطلة .

والمادة ٤٤٥ تجيز لمحكمة النقض اذا قضت بنقض الحكم المطعون فيه لمخالفته للقانون أو لخطأ فى تطبيقه أو تأويله ، وكان الموضوع صالحا للحكم فيه أن تستبقيه لتحكم فيه بأن تطبق القانون على الوقائع الثابتة فى الحكم المطعون فيه ، ولم تجز ذلك فى حالة صدور الحكم باطلا ، أو صدوره مبنيا على اجراء باطل ، ولا تتصور اجازته لأن الدعوى تكون غير صالحة للفصل فيها بسبب الحكم المشوب بالعيب الجوهرى الذى أبطله أو بسبب الاجراء الباطل الذى بنى عليه الحكم والمؤثر فيه . والمادة ٨٨٤ توجب على قاضى الأمور الوقتية — وهو بسبيل اصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكم — التحقق من صحة شكل الحكم دون أن يتعدى ذلك الى التحقق من سلامته من حيث الموضوع .

٦٧ — الحكم الصحيح من ناحية الشكل يكون قابلا للالغاء اذا بنى على اجراء باطل — شروط ذلك :

قد يصدر الحكم صحيحا من حيث الشكل وعلى حق من حيث الموضوع ، ومع ذلك يكون قابلا للالغاء اذا بنى على اجراء باطل .

ويشترط لاعمال القاعدة المتقدمة :

١ — أن يتخذ فى الدعوى اجراء باطل .

٢ — والا يكون الخصم صاحب المصلحة فى التمسك ببطلانه قد أسقط حقه فيه .

٣ — والا تكون المحكمة قد قضت بصحة الاجراء .

٤ – وان يبنى الحكم على ذات الاجراء الباطل .

٥ – أن يكون الطاعن هو ذات الخصم الذى مسه الاجراء الباطل .

٦ – أن يتمسك الطاعن بالبطلان قبل تعرضه للموضوع ، اللهم الا اذا كان البطلان من النظام العام .

١– أن يتخذ فى الدعوى اجراء باطل :

ويستوى أن يكون هذا الاجراء الباطل الذى بنى عليه الحكم اجراء افتتحت به الخصومة التى انتهت به ، أو اجراء يتعلق بسيرها أو اثباتها ، وقد يكون هذا الاجراء هو حكم باطل أو حكم بنى على اجراء باطل .

ويستوى أن يكون البطلان المتقدم مقررا بنص فى التشريع بلفظه أو دلالة ، أو مقررا لأن عيبا جوهريا قد شاب الاجراء ترتب عليه ضرر للخصم ، عملا بنص المادة ٢٥ من قانون المرافعات .

ويستوى أن يكون البطلان المتقدم متعلقا بالنظام العام أم غير متعلق به ، أو أنه يسقط التمسك به بالحضور أو بالتكلم فى الموضوع ، أو أن التمسك به يتم على صورة دفع شكلى أم بطلب على صورة دفع شكلى ، كما هو الحال عند التمسك بسقوط الخصومة عملا بالمادة ٣٠١ من قانون المرافعات .

٢– الا يكون الخصم صاحب المصلحة فى التمسك بالبطلان قد أسقط حقه فيه :

فاذا كانت صحيفة افتتاح الدعوى باطلة ، وحضر المدعى عليه بناء عليها ، مما يترتب عليه زوال البطلان عملا بالمادة ١٤٠ ، أو تكلم فى الموضوع مما أسقط حقه فى التمسك بالبطلان عملا بالمادة ١٤١ ، فان البطلان يزول فى الحالتين ، ويعد الحكم الصادر فى موضوعها قائما على اجراء صحيح .

واذا وقف السير فى الخصومة مدة سنة أو أكثر ، وعجلها المدعى بعدئذ ولم يتمسك خصمه بسقوط الخصومة عملا بالمادة ٣٠١ ، وفى الوقت المناسب اعمالا للمادة ٢٦ ، وأجاب عليها بما يعتبرها صحيحة فى اجراءاتها فان الحكم الصادر فيها يعد قائما على اجراءات صحيحة . واذا كان تقرير خبير الدعوى

باطلا لسبب ما ، ولم يتمسك الخصم بهذا البطلان فى الوقت المناسب ، وناقش التقرير من نواحيه الموضوعية فان بطلانه يزول والحكم الذى يبنى عليه يعد قائما على اجراء صحيح .

واذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة ، ومع ذلك استأنفت المحكمة سير الدعوى لجهلها بقيام سبب الانقطاع ، وسارت اجراءاتها فى غفلة من ذلك الذى قام به السبب ، ثم تنبه من يقوم مقامه بقيام الخصومة فحضر الجلسات، ولم يتمسك ببطلان الاجراءات التى اتخذت أثناء فترة الانقطاع بل أجاب عليها بما يفيد اعتبارها صحيحة ، فان البطلان يزول وتصير الاجراءات صحيحة يجوز أن يبنى الحكم فى الموضوع عليها .

٣ ـ ألا تكون المحكمة قد قضت بصحة الاجراء :

اذا تمسك الخصم صاحب المصلحة ببطلان الاجراء فى الوقت المناسب ، فقضت المحكمة بصحته ، وبنت حكمها فى الموضوع على ذلك القضاء بصحة الاجراء ، فلا يتصور أن يعد الحكم فى الموضوع مبنيا على اجراء باطل ولو كان البطلان من النظام العام ، بل ولو كان الاجراء يعد باطلا فى واقع الأمر ، وذلك لأن الحكم الصادر فى الموضوع يعد مبنيا على الحكم الصادر بصحة الاجراء ، ولا يعد بداهة مبنيا على الاجراء الباطل .

وفى حالة صدور الحكم بصحة اجراء هو فى واقع الأمر باطل تكون المحكمة قد أخطأت فى تطبيق القانون، فاذا بنت الحكم فى الموضوع على الأول ، جاز الطعن بالنقض فى الحكم بصحة الاجراء بسبب الخطأ فى تطبيق القانون (اذا توافرت شروط الطعن) ، ويتمسك بالغاء الحكم الصادر فى الدعوى نتيجة الغاء الحكم الأول متى كان مؤسسا عليه ، هذا ولو لم توجه اليه مطاعن (م ١/٤٤٧) .

وعلة ما تقدم أن المشرع اذا ما أجاز الطعن فى حكم لبنائه على اجراء باطل فانما يجيزه لبناء الحكم على ذات الاجراء الباطل لا على الحكم الصادر بصحة الاجراء . وبعبارة أخرى ، لا يجيز المشرع الطعن لأن المحكمة قد أخطأت فى القضاء بصحة الاجراء ، والا حورت القاعدة الى ما يفيد انها تجيز الطعن استثناء فى الحكم الصادر برفض الدفع بالبطلان ، وهذا ما لم يدر بخلد الشارع

لأن مقصوده أن يجيز الطعن فى الحكم المبنى على الاجراء الباطل الذى لم يتمكن الخصم من التمسك بالبطلان فى الوقت المناسب ، ولم تتح له فرصة التمسك به ، وذلك رعاية وحماية له خاصة ، كما اذا قام سبب لانقطاع الخصومة ، ومع ذلك استأنف الخصم الذى لم يقم به سبب الانقطاع سير الدعوى واستصدر الحكم فى غفلة من خصمه ، وكما اذا سمعت المحكمة أحد الخصوم أو اطلعت على أوراق قدمها فى غفلة من خصمه (م ٣٤٠) .

وفى الواقع ما يفرق الطعن فى الحكم لمخالفته القانون عن الطعن فيه لبنائه على اجراء باطل هو ما تقدم ، والا اختلط الأمر واعتبر الطعنان طعنا واحدا ، والسببان سببا واحدا ، وهذا أيضا لا يقصده المشرع ولا يبتغيه لأنه قد اشتق من الخطأ فى القانون –كسبب عام للطعن بالنقض– اشتق منه سببا آخر متميزا عنه هو بطلان الاجراء المؤثر فى الحكم . وبعبارة أوضح ، اذا تمسك خصم ببطلان اجراء وقضت المحكمة بصحة الاجراء أو بطلانه ، وطعن المتمسك بالبطلان أو خصمه (بحسب الأحوال) فى الحكم المتقدم ، فلا يتصور أن يؤسس الطعن فى الحالتين الا على الخطأ فى تطبيق القانون أو فى تأويله . والحكم فى الدعوى الصادر يكون مبنيا على القضاء برفض البطلان ، وليس مبنيا على الاجراء الباطل كما قدمنا[1] .

ولقد قيل بعكس ما تقدم ، وبأن الحكم فى الدعوى الصادر مبنيا على حكم برفض البطلان يكون قائما على اجراء باطل اذا أخطأت المحكمة عند رفضها الدفع بالبطلان . وقيل لتبرير ذلك أن المادة ١٠ من قانون انشاء محكمة النقض (م ٤٢٥ م مضافا بالمرسوم بقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢) لا تجيز الطعن بالنقض فى أحكام المحاكم الابتدائية الصادرة فى قضايا استئناف أحكام المحاكم الجزئية فى قضايا الحيازة وفى مسائل الاختصاص المتعلق بالوظيفة والنوعى الا اذا كانت تلك الأحكام المطعون فيها مبنية على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله ، ولا تجيزه اذا كانت باطلة أو مبنية على اجراء

---

(١) قارن حامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ٢٠٥

فى فرنسا ، جميع الاحكام التى يجوز الطعن فيها بالنقض لمخالفة القانون هى بعينها يجوز الطعن فيها بالنقض بسبب بطلان الاجراءات القائمة عليها تلك الاحكام ، ولا تختلف الاجراءات فى الحالتين ، اذ يتعين على المحكمة إحالة الدعوى الى محكمة موضوع أخرى لتفصل فيها من جديد ، ولا تملك محكمة النقض التصدى له . ومن ثم لم يبحث فى فرنسا الموضوع المذكور فى المتن .

باطل . وعلة هذا أن المشرع لم يعن بغير الاشراف على تطبيق القواعد القانونية الخاصة بدعاوى الحيازة وقواعد الاختصاص ذاتها توحيدا للقضاء فيها ، وأما ما يقع فى هذه القضايا من أسباب البطلان فى الاجراءات أو فى الحكم ذاته فانه مما يعرض امثاله لأحكام محاكم الاستئناف ويصل أمره لمحكمة النقض فتضع فيه هذه المحكمة العليا القواعد الصحيحة التى تهتدى بها جميع المحاكم على اختلاف درجاتها فى جميع القضايا على اختلاف أنواعها .

كذلك لا يجيز المشرع تصدى محكمة النقض لموضوع الدعوى والحكم فيها الا اذا كان سبب النقض هو الخطأ فى تطبيق القانون ، لأن الحكم فى الموضوع يقتضى تطبيق القانون على الوقائع الثابتة فى الحكم المطعون فيه ، ولا يتصور امكان هذا التطبيق اذا كان الحكم مشوبا بعيب جوهرى أو كانت اجراءات تحقيق الدعوى السابقة لصدوره باطلة بطلانا مؤثرا فيه .

ولا شك فى أن اتجاه الرأى المتقدم محل نظر لأنه مصادرة على المطلوب وأخذ بنتيجة التفرقة لبناء ذات التفرقة[1].

ولا يجوز عند تحديد ضابط قانونى أو رأى فقهى أن يتقيد الباحث ويكيف القاعدة لتتمشى نتيجتها مع نص قانونى معين ، لأن مواد القانون محل تغيير وتبديل بحسب الاعتبارات العملية التى تبررها . أما القواعد القانونية السليمة فانها ثابتة لا تختل أيا كانت الاعتبارات .

وليس أدل على ما تقدم من أن المشرع فى سنة ١٩٤٩ ألغى حكم المادة العاشرة من قانون انشاء محكمة النقض . وأجاز الطعن بالنقض فى جميع الأحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم الابتدائية (م ٤٢٥) . ثم عاد الى حكمها من جديد بمقتضى القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢ م ٤٢٥ .

ثم ان من يتجه الى الرأى المتقدم لا يجيز الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة فى صميم مسائل الحيازة ومسائل الاختصاص فحسب . بل يجيز أيضا فى الأحكام الصادرة فى المسائل المتفرعة عن القضية . كتلك التى تصدر فى الدفع بعدم القبول أيا كان نوعه أو فى التمسك بسقوط الخصومة عملا بالمادة ٣٠١ وما يليها ... الخ . وهذه المسائل هى الأخرى مما تفصل فى أمثالها أحكام محاكم الاستئناف ويصل أمرها الى محكمة النقض[2].

---

(١)(٢) حامد فهمى وقارن محمد حامد فهمى رقم ٢٠٥ ثم رقم ٢٢٧

واذن لا يتسق هذا القول مع ما تقدم عليه ، وبعبارة أخرى ، هذا القول الأخير سليم تؤيده محكمة النقض[1] ، أما القول الآخر فهو محل نظر .

ومن ناحية أخرى ، لا يجيز المشرع لمحكمة النقض التصدى لموضوع الدعوى الا اذا كان صالحا للفصل فيه (م ٤٤٥) . ومعنى هذا أن المشرع يفترض مقدما فى الأحوال التى ينقض فيها الحكم لمخالفته للقانون ألا تكون الدعوى فى بعضها صالحة للفصل فيها .

خلاصة القول اذن أنه يشترط للطعن فى الحكم المبنى على اجراء باطل ألا تكون المحكمة المطعون فى حكمها قد قضت بصحة الاجراء ثم أقامت حكمها على هذا القضاء . والا فان مقصود المشرع يلتوى . وتحور القاعدة الى ما يفيد أنها تجيز الطعن استثناء فى الحكم الصادر برفض الدفع بالبطلان . وهذا ما لم يدر بخلد الشارع على ما قدمناه .

٤ — أن يبنى الحكم المطعون فيه على ذات الاجراء الباطل — أمثلة :

ليس يكفى لالغاء الحكم الصادر فى الدعوى أن يتخذ فيها اجراء باطل ، وانما يتعين أن يبنى الحكم فى الدعوى عليه . ومن ثم اذا كان تقرير الخبير باطلا فان الحكم الصادر فى الدعوى يعد صحيحا طالما انه لم يستند عليه . واذا كانت صحيفة الطلب العارض باطلة فان الحكم الصادر فيه هو وحده الذى يكون قابلا للالغاء دون الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية .

وقد يكون الاجراء الباطل الذى بنى عليه الحكم اجراء افتتحت به الخصومة التى انتهت به . أو اجراء يتعلق بسيرها أو اثباتها . أو قد يكون هذا الاجراء هو حكم باطل أو حكم بنى على اجراء باطل .

واذا قضت المحكمة بصحة اجراء وكان ذات حكمها هذا باطلا — أو كان مبنيا على اجراء باطل — فان حكمها فى الدعوى يكون قابلا للالغاء ، فى الحالتين ، متى بنى على الاجراء الباطل (وهو الحكم الباطل أو الحكم المبنى

---

(١) نقض ٢ يونيه ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٥٧ ونقض ٧ فبراير ١٩٣٥ المحاماة ١٥ ص ٢٤٣

على اجراء باطل[1] . فمثلا اذا تمسك الخصم ببطلان صحيفة الدعوى (فى حالة من الأحوال التى لا يزول فيها البطلان بحضوره) أو اذا تمسك ببطلان أى اجراء من اجراءاتها ، وقضت المحكمة فى الموضوع دون التعرض للدفع ولم تشر فى أسباب حكمها الى ما يؤيد القضاء الضمنى برفض الدفع بالبطلان ، فان حكمها الضمنى بصحة الاجراء يكون باطلا لأنه قد خلا من الأسباب التى تؤيده[2]، وهذا يستتبع بطلان الحكم فى الموضوع لأنه قد بنى عليه .

واذا لم يتمسك خصم ببطلان اجراء قبل صدور حكم فى الدعوى بنى عليه ، وكان البطلان من النظام العام ، فان المحكمة تكون قد بنت حكمها على اجراء باطل ، لأن هذا البطلان لا يزول بنزول الخصم عنه أو بعدم التمسك به ، ولأن المحكمة عليها أن تقضى به من تلقاء نفسها . واذن يكون حكمها قابلا للطعن لبنائه على اجراء باطل .

واذا قضت المحكمة ببطلان اجراء معين ، ومع ذلك بنت حكمها فى الدعوى عليه ، فان هذا الحكم يعد قد صدر بناء على اجراء باطل[3] .

٥ — أن يكون الطاعن هو ذات الخصم الذى مسه الاجراء الباطل :

واضح أن الطاعن يتعين أن يكون هو ذات الخصم الذى مسه البطلان ، ذلك لأن علة الطعن هى فى الواقع تمكينه من التمسك ببطلان الاجراء حتى يهدر جميع الاحكام التى بنيت عليه . فمثلا اذا توفى المدعى عليه أثناء نظر الدعوى ، ومع ذلك استمر خصمه يوالى اجراءاتها فى غفلة من الورثة فان لهؤلاء وحدهم التمسك بالغاء الحكم الصادر عليهم لبنائه على اجراءات باطلة ، ولا يملك المدعى الذى لم يقم به سبب الانقطاع — فى المثال المتقدم — أن يتحدى بالبطلان المتقدم ليصل الى الغاء حكم صدر عليه .

---

(١) تنص المادة ١/٤٤٧ على أنه يترتب على نقض الحكم الغاء جميع الأحكام والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم أساسا لها .

(٢) أو قضت المحكمة بصحة الاجراء وانما حكمها بصحته بنى على اجراء باطل — كما اذا أخلت عند اصداره بحقوق الخصوم أو الدفاع — فان حكمها فى الموضوع يعد مبنيا على اجراءات باطلة .

(٣) انظر رقم ٢٢

أما اذا كان بطلان الاجراء من النظام العام ، فانه يجوز لكل خصم فى الدعوى التمسك بالغاء الحكم الصادر مبنيا عليه ، ذلك لأن هذا البطلان مقرر لمصلحة الكافة .

والحكم المبنى على اجراء باطل يكون قابلا للطعن بالنقض اذا كان صادرا من محكمة الاستئناف (م ٤٢٥) معدلة بالمرسوم بقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢ ، ويكون قابلا للاستئناف استثناء[١] ولو كان صادرا بصفة انتهائية[٢] من المحكمة الجزئية أو المحكمة الابتدائية (م ٣٩٦ معدلة بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٥٦)[٣] .

٦ – أن يتمسك الطاعن بالبطلان قبل تعرضه للموضوع اللهم الا اذا كان البطلان من النظام العام :

فاذا استأنف المحكوم عليه الحكم ، استثناء ، وعملا بالمادة ٣٩٦ ، وتعرض فى الصحيفة للموضوع دون أن يتمسك بالبطلان – الذى هو الشرط الأساسى للاستئناف المتقدم – فانه لا يقبل ، لأن شرط قبوله عملا بالمادة ٣٩٦ أن يكون الحكم باطلا أو مبنيا على اجراء باطل ، والمستأنف قد أسقط حقه فى التمسك بهذا البطلان – عملا بالمادة ٢٦ – اذ لم يتعرض له فى صحيفة الطعن وتعرض لموضوع الدعوى . ومن ثم بعد الحكم أو الاجراء صحيحا ، ومتى أعتبر كذلك فان الحكم يكون غير قابل للطعن ، اذ المفروض أنه قد صدر فى حدود النصاب الانتهائى للمحكمة .

---

(١) كتاب نظرية الدفوع – الطبعة الثانية رقم ٣٢٠ وما يليه .

(٢) سواء بسبب قيمة الدعوى أم بسبب نوعها ، وسواء بناء على نص عام فى قانون المرافعات أو نص خاص فيه أو فى أى قانون آخر ، اذ المفروض أن حكم المادة ٣٩٦ استثناء من الأصل العام ، ويعمل به كلما كان الاستئناف فى الأصل غير مقبول لسبب يتعلق بنوع القضية أو قيمتها ، اللهم الا اذا منع المشرع الطعن بلفظه كما هو الحال بالنسبة لقانون المساكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ .

(٣) يراجع كتاب الدفوع – الطبعة الثانية – رقم ٣٢٠ ورقم ٣٢٠ م ورقم ٣٢٠ م (أ) فى تفسير المادة المتقدمة وفى تحديد مايقبل الاستئناف من الاحكام عملا بمقتضاها ، خاصة فيما يتعلق باحكام المحاكم الابتدائية الانتهائية .

٦٨ — اذا لم يتوافر شرط من الشروط المتقدمة كان الطعن لبطلان الحكم أو لبنائه على اجراء باطل غير مقبول ، وكان على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها :

القاعدة أن الطعن فى الحكم بسبب بطلانه أو بسبب قيامه على اجراء باطل لا يقبل اذا لم تتوافر الشروط المتقدمة ، سواء أكان هذا الطعن بطريق النقض أم بطريق محكمة الطعن مكلفة من تلقاء نفسها بالتحقق من توافر شروط الطعن باعتباره حالة استثنائيه وأن المشرع ما أجاز التظلم من الحكم بطريق طعن عادى أو غير عادى الا على سبيل الاستثناء [١] .

والجدير بالذكر أن المحكمة الاستئنافية لا يطرح عليها موضوع الاستئناف عملا بالمادة ٣٩٦ الا اذا استبانت أولا أن الحكم المستأنف باطل أو مبنى على اجراء باطل مهتدية بالضوابط المتقدمة .

خاتمة :

وبعد ، اذا كان تسبيب الأحكام يتطلب من القضاة جهدا كبيرا ، فضلا عما يستنفده من وقت ، واذا كان قد اتجه رأى يرمى الى تحررهم من تلك المهمة الشاقة اكتفاء بايراد وجهة النظر بايجاز دون حاجة الى سرد كل ما تعلق بواقع الدعوى ، فاننا مع هذا نؤكد أن مهمة تسبيب الأحكام يتعين أن تتم على وجهها الأكمل ، لأن هذا التسبيب هو مظهر قيام القاضى بعمله ، وبه وحده يسلم من مظنه التحكم والاستبداد ، ويرتفع عنه الشك والريب والشبهات ، فضلا عن أنه يمكن محكمة النقض من الاشراف على صحة تطبيق القانون وتقرير المبادئ القانونية الصحيحة وتثبيت القضاء بصددها . فيجب اذن أن تكون أسباب الحكم صورة لما اختلج فى نفس القاضى عند اصداره تفصح فى ذاتها عن سبب النطق به ، وذلك حتى يصدر الحكم ناطقا بعدالته وموافقته للقانون .

واذا كان قضاتنا قد أرهقهم الجهد لكثرة القضايا المطروحة عليهم ، فمن الواجب أن يكون العلاج هو العمل على زيادة عددهم ، ومن الخطر معالجة الأمر بتيسير جهدهم عند الحكم ، اذ أن هذا يمس فن القضاء ، ويمس العدالة فى الصميم ويهدرها .

---

(١) راجع دراسة تفصيلية لهذه القاعدة فى كتاب نظرية الأحكام رقم ٤٥٥

نظام الأموال بين الزوجين

فى صلته ببعض نواحى نظريتى الحق الشخصى والحق العينى

للأستاذ الدكتور حسن بغدادى

العميد السابق لكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية والمنتدب للتدريس بقسم الدكتوراه بها

اذا كان توحيد القضاء قد تم بالغاء المحاكم الشرعية ومحاكم الطوائف غير الاسلامية فلمثل هذا التوحيد أثر محقق بالنسبة الى وحدة التشريع بوجه عام ووحدة القانون المدنى بوجه خاص ، فتوحيد القضاء هو السبيل العملى الى توحيد القانون . ولن يحول دون هذا التوحيد حائل من عقيدة أو تقليد .

ففى نطاق العقائد لا يصح فى النظر أن تدمغ مصر بالتفريط حيث تم لدول أوربا التى كانت وما زالت معقلا للديانات غير الاسلامية توحيد التشريع واعتباره رباطا جامعا للروابط القومية لايقل أثرا عن وحدة الثقافة فى تشخيص قومية الدولة وشخصيتها .

وفى نطاق التقاليد لم يكن للتشريع الاسلامى الذى كان موطنا للقواعد العامة فى مسائل الأحوال الشخصية طابع دينى بل أن هذا التشريع كان يعتبر تشريعا للدولة وان كان قد نما وتطور فى اطار من المبادئ الخلقية المستمدة من الدين فى بعض نواحيه لا فى كل هذه النواحى ، ولذلك قضت المحاكم المختلطة قديما بأن سريان أحكام الشريعة الاسلامية مثلا على غير المسلمين فى المواريث أو سريان الشريعة الاسلامية مثلا عليهم فى الزواج عند اختلاف الدين أمر مقرر فى التقاليد باعتبار أن هذه وتلك ليست من الأحكام الدينية . بل أن تقاليد الحضارة الحديثة التى تسربت الى مصر واستقرت فيها منذ أن بدأ الاصلاح القضائى تتجه اتجاها واضحا الى المباعدة بين القانون والدين .

ولذلك تكون وحدة التشريع قد خرجت عمليا الى حيز التنفيذ وستتم هذه الوحدة ان عاجلا أو آجلا دون أن يكون للنقد أو لتعصب القدماء أى أثر اللهم الا تعويق هذا التطور الطبيعى تعويقا لن يطول أمده على وجه التحقيق .

وبديهى أن توحيد القضاء ، وتوحيد التشريع كنتيجة لوحدة القضاء ، سيكون من شأنه اعادة النظر فى مضمون القانون المدنى المصرى وفى تبويبه ، هذا القانون المدنى قد أصبح بحكم عاملين طارئين عنوانا لا يعبر تعبيرا صحيحا عن الحقيقة ، ذلك أن التقنين المدنى المصرى الجديد قد صدر سنة ١٩٤٨ خلوا من كل ما يتصل بحالة الاشخاص وأهليتهم ونظام المواريث والوصايا فيما عدا بعض أحكام جزئية انتشرت فى اعطافه دون أن تفرد لها فصول خاصة على غرار ما هو حادث فى التقنينات الأجنبية .

وقد حدث منذ اصدار هذا التقنين أن ألغيت المحاكم الحسبية ونقلت ولايتها الى المحاكم الوطنية ، وقد صدر فى الوقت نفسه تشريع موضوعى جامع تضمن تقنينا كاملا للقواعد المتعلقة بأهلية الأشخاص وبالوصاية والقوامة والحجر بوجه عام ، بل وصدر تشريع آخر فى شأن تنظيم الولاية على النفس . وما من شك أن هذين التشريعين ينبغى أن يحلا محلهما من أحكام التقنين المدنى الجديد ، وأن يفتح لهما حيزا بين دفتيه .

ثم أنه على أثر توحيد القضاء لابد أن ينتهى الأمر الى تقنين حائز لقواعد الأحوال الشخصية وبوجه خاص ما يتعلق بالزواج وروابط الأسرة . فاذا أضيف الى ذلك أن هناك تشريعين عامين فى مسائل المواريث والوصايا كان الواجب أن يتجه التفكير جديا الى الحاق أحكام هذين التشريعين وأحكام ما يصدر من تشريعات فى شأن الزواج وروابط الأسرة بالتقنين المدنى نفسه . ولن يستغرق الأمر جهدا كبيرا ففى الوسع أن يعاد النظر فى التشريعات التى تقدم ذكرها لأحكام التنسيق بينها وبين قواعد التقنين المدنى حتى يتسنى أن يفرغ لها جزء خاص فيه .

ومهما يكن من أمر فسيمكن استكمال أحكام القانون المدنى من حيث الشكل ، فمن الواضح أن قواعد الأحوال الشخصية سواء أكانت مستقاة من الفقه الاسلامى أم من أى مصدر آخر تعتبر جزءا لا يتجزأ من أحكام القانون المدنى ، ومن الواجب أن تكون دراسة تلك الأحكام ــ أى أحكام الأحوال الشخصية ــ داخلة فى نطاق دراسة القانون المدنى حتى تخضع لأساليب الدراسة الحديثة وحتى تتكشف نواحى الاتصال بينها وبين أحكام

المعاملات بصورة أوضح وأجدى على الفقه . ولعل هذا الأسلوب أجزل نفعا وأكثر فائدة لمستقبل الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامى نفسه ، فقد آن الأوان لأن تتم دراسة هذا الفقه على أسس حديثة تحكم الصلة بينها وبين التطور الحديث على نحو يمكن للباحثين من الكشف عن مكانة الفقه الاسلامى الحقيقية فى نطاق التشريع المقارن ، وهى مكانة رفيعة ينبغى أن تكون محلا لعناية خاصة ، ويمكن بذلك التمهيد للتطور بأحكام الشريعة الاسلامية تطورا يرد اليها حياتها الشرعية وتستمد منزلتها من استجابتها لحاجات الماضى بقدر استجابتها لحاجات الحاضر والمستقبل .

ولذلك قد يكون من المناسب أن تتجه دراسات القانون المدنى فى نطاق التخصص الى بعض نظم الأحوال الشخصية التى قد تعين فى توجيه التشريع المصرى فى المرحلة الراهنة وتعين على كشف الصلة بوجه خاص بين روابط الأحوال الشخصية ونظريتى الحق العينى والحق الشخصى . وقد يكون من المناسب كذلك أن نبدأ بنظم الأحوال الشخصية المتصلة بالمال وأن نبدأ بوجه خاص بدراسة النظام المالى بين الزوجين دراسة تتحدد حدودها فى نواح ثلاث :

(أولا) فى ناحية أولى يعتبر تنظيم الروابط المالية بين الزوجين من المسائل الاجتماعية التى تثار فى الوقت الحاضر فى صورة ضمنية دون أن تعرض على الرأى العام عرضا صريحا واضحا يكفل مواجهة المشاكل التى يمر بها نظام الزواج فى مصر وتعانى منها الروابط المالية بين الزوجين . فما تزال مشكلة الادارة المالية بين الزوجين فى مصر مشكلة غير مستقرة . وما تزال هذه المشكلة مثار قلق اجتماعى يتبدى للنفوس وتنعكس آثاره فى الجماعة دون أن يصور تصويرا واضحا مستقرا . وربما كان التطور الذى طرأ على مركز المرأة المصرية فى الوقت الحاضر هو الباعث الحقيقى لوجود المشاكل التى تقدم ذكرها ؛ فقد بدأت المرأة تدخل ميدان الحياة العملية ، وبدأت تتكسب من عملها ، وبدأت تفقد استقلالها المالى الذى كلفته أحكام الشريعة الاسلامية . وقد اقترنت بهذه الظاهرة ظواهر أخرى تكشفت عن اخفاق كثير من الزيجات من جراء اغفال تنظيم الروابط المالية بين الزوجين . كما أن مستقبل المرأة لم يعد مكفولا

مع اباحة حق الطلاق على نحو لا يؤهلها لأن تطمئن الى حسن استعمال هذا الحق وتفادى معقباته . ولذلك ينبغى أن يكون النظر فى نظم الأموال الزوجية فى التشريع المقارن سبيلا الى تدبير حلول نواجه بها طائفة جسيمة من المشاكل سوف يزداد عددها فيما بعد . ويراعى أن الدراسة المقارنة لا يقصد منها الى نقل النظم الغربية كما هى بل يقصد منها الى انشاء نظام يتلاءم مع البيئة المصرية وطبيعة الروابط الزوجية فيها .

(ثانيا) ومن ناحية ثانية يلاحظ أن دراسة نظم الأموال الزوجية تعتبر فى ذاتها مقصدا له كيان خاص بسبب وجود جاليات أجنبية فى مصر متعددة وبسبب تعدد الأقضية والمنازعات الخاصة بهذه الجاليات ، ولذلك طرحت على المحاكم المصرية دعاوى متعددة متعلقة بنظم الأموال بين الأزواج الأجانب وطلب الى القضاء المصرى تطبيق القوانين الأجنبية فى شأنها ، وما من شك فى أن الالمام بمثل هذه النظم ييسر للقاضى سبيل الفصل فى الخصومات وهو بعد يفتح لكل مشتغل بالقانون آفاقا جديدة من الثقافة .

(ثالثا) ويلاحظ من ناحية ثالثة أن الفقه المصرى كان يعتنى بدراسة نظريتى الحق العينى والحق الشخصى بمعزل عن دراسة نظم الأحوال الشخصية وبوجه خاص نظام الأموال بين الزوجين . والواقع أنه توجد صلات متفرقة بين نظام الأموال بين الزوجين وبين نظريتى الحق العينى والحق الشخصى . ولذلك ينبغى فى نطاق التخصص الالمام بنظام الأموال الزوجية لانارة السبيل الى فهم بعض جوانب نظريتى الحق العينى والحق الشخصى فهما صحيحا .

[وفى نطاق هذه النواحى الثلاث تتمثل الأهمية العلمية لدراستنا] .

* * *

نظم الأموال بين الزوجين

يقصد بنظام الأموال بين الزوجين مجموعة القواعد القانونية التى تتناول المصالح المالية بين الزوجين أثناء قيام الحياة الزوجية . فمن الواضح أن الزواج لا ينشئ ارتباطا بين مصالح الزوجين فى نطاق روابط الأسرة فحسب ،

وانما هو ينشئ ارتباطا آخر يتصل بمصالح الزوجين المالية الصرفة . ذلك أن العشرة الزوجية تستتبع اختلاطا فى هذه المصالح ، وهذا الاختلاط يتفاوت مداه بتفاوت التشريعات وتفاوت نظم أموال الزوجية فى كل تشريع من هذه التشريعات .

ومن الخطأ أن نعتبر أن انفصال أموال الزوجين كما هو معروف فى الشريعة الاسلامية ينفى كل تداخل بين هذه المصالح ، فمن المعلوم مثلا أن ثمة قرائن تستخلص منها ملكية أحد الزوجين لمال معين ، ومن المعلوم أن القضاء قد ذهب فى بعض أحكامه الى عدم سريان التقادم بين الزوجين باعتبار أن رابطة الزوجية تعتبر من الموانع الأدبية ، ثم أن القانون المدنى الجديد ــ شأنه شأن الشريعة الاسلامية ــ يعتبر رباط الزوجية مانعا من موانع الرجوع فى الهبة . وهذه وتلك مظاهر تقطع بأن اختلاط المصالح المالية بين الزوجين أمر لا معدى عنه .

على أن استقراء تاريخ التشريع واستقراء التشريع المقارن يدلان على أن اختلاط المصالح المالية بين الزوجين ضرورة تقتضى غير يسير من التنظيم . فمن عهد الرومان ظهرت فكرة الدوطه أو البائنة وهى المال الذى تقدمه الزوجة عند الزواج على أن يحبس عن التصرف ويحبس عن الحجز . وقد عنى الرومان باحاطة الدوطه بضمانات تكفل حفظها . وقد بقى هذا النظام الى القرون الوسطى حيث ظهرت نظم أخرى بدأت تتكون مقوماتها الى أن استوت فى كثير من التشريعات فى الدول الغربية فى الوقت الحاضر . ففى فرنسا مثلا توجد أربع نظم رئيسية لأموال الزوجين :

١ ــ نظام اشتراك الأموال .

٢ ــ نظام عدم الاشتراك فى الأموال .

٣ ــ نظام البائنة أو الدوطه .

٤ ــ نظام فصل الأموال .

وفى سويسرا توجد نظم ثلاث :

١ ـ نظام اتحاد الأموال .

٢ ـ نظام الاشتراك فى الأموال .

٣ ـ نظام فصل الأموال .

وفى الدول الانجلوسكسونية يغلب الأخذ بنظام فصل الأموال . وفى دول أخرى توجد نظم وسطى بين نظم الفصل ونظم الاشتراك ، بل وفى كل دولة من الدول التى أشرنا الى نظمها الرئيسية توجد نظم فرعية تستمد مقوماتها من نظامين أو أكثر .

والأمر الجوهرى فى هذه النظم هو العناية بتقرير حق الزوج فى ادارة الأموال الزوجية والانتفاع بها ثم تقرير حق كل من الزوجين فى ملكية هذه الأموال .

على أن من الواجب أن ننبه من الآن الى أن مفهوم أموال الزوجية يختلف باختلاف كل نظام مالى ، فلا يقصد بذلك الا الأموال التى يعتبرها النظام المالى من أموال الزوجية دون غيرها . ولكل نظام مالى احكامه الخاصة فى هذا الشأن.

هذا ، والجوهرى فى نظام الأموال الزوجية هو أن هذا النظام تسيطر عليه قواعد آمرة فى مجموعها . فهو نظام يتحكم فيه القانون بوصفه المصدر الأعلى . ولكنه يخضع فى تفصيلاته ، إما لاحكام العقد الذى يسمى بمشارطة أموال الزوجية واما أن يخضع فى هذه التفاصيل لأحكام القانون مباشرة . وعلى هذا النحو يكون فى الوسع أن نرد نظم أموال الزوجية الى مصدرين : العقد والقانون.

بيد أن من المشاهد أن العقد الذى يعقد فى شأن نظام الأموال الزوجية ليس من قبيل العقود التى تتمتع فيها الارادة بأكبر قسط من السلطان ، وانما يكون للارادة نصيب ضئيل فى هذا الشأن . اذ قل أن يجاوز دور الارادة اختيار نظام من النظم التى يحددها القانون على سبيل الحصر ، وهذه حقيقة أولى ينبغى الانتباه اليها ، فمن الخطأ أن تعتبر مشارطات أموال الزوجية عقودا بالمعنى المتعارف من الاصطلاح العام ، وقد ظل هذا الخطأ قائما فى القديم .

ومن الغريب أن فكرة سلطان الارادة نشأت فى فقه الأستاذ «مولان» عند تكييفه لنظام أموال الزوجية ، اذ اعتبر هذا النظام نظاما تعاقديا واعتبر أن الارادة وحدها هى المصدر ، فذكر أن مشارطة أموال الزوجية هى أساس تنظيم الروابط المالية بين الزوجين ، وذكر أنه حيث يغفل الزوجان انشاء مشارطة فى هذا الشأن يكون قصدهما من ذلك هو اختيار النظام المقرر فى القانون بمقتضى ارادة ضمنية .

ولكن هذا الرأى هجر فى الفقه الحديث وأصبح من المقرر أن دور الارادة يقتصر على مجرد اختيار نظام من النظم التى يقررها القانون من قبل؛ وأنه حيث لا توجد ارادة تعبر عنها مشارطة أموال زوجية يكون المرجع فى التنظيم حكم القانون وحده .

المصدر الأول اذن فى تنظيم أموال الزوجية هو العقد . ولكن خيار الارادة فى هذا العقد ضئيل ولا يقف الأمر فى هذا التضييق على الارادة عند الحد الذى تقدمت الاشارة اليه ؛ وانما هو يجاوز هذا الحد الى ما هو أخطر ، على الأقل فى بعض الدول ، حيث يوجد مبدأ آخر يقضى بعدم جواز تغيير الاتفاقات الخاصة بنظم أموال الزوجية ؛ وهذا المبدأ مطبق فى فرنسا ولكنه غير مطبق فى سويسرا . ففى فرنسا يتضح أن المبدأ المتقدم ذكره يورد قيدا آخر على حرية التعاقد وأعمال سلطان الارادة . ذلك أن القواعد العامة تقضى بأن للعاقدين أن يتفقا على تعديل عقدهما ولا جناح عليهما ان فعلا ذلك ما دام التعديل غير مخالف للنظام العام .

فمشارطة أموال الزوجية أو ما يعبر عنه بعقد الزواج contrat de mariage تعتبر تعاقدا من طبيعة خاصة وتعتبر مصدرا لتنظيم الروابط المالية بين الزوجين فى الحدود التى يقررها القانون .

أما المصدر الثانى لهذا التنظيم فهو القانون ذاته ؛ فالقانون من ناحية يعتبر مصدرا مباشرا لتنظيم الروابط المالية بين الزوجين حيث تجرى التشريعات الغربية على وضع نظام خاص بأموال الزوجية يفرض على الزوجين عند عدم وجود مشارطة لأموال الزوجية ، ويسمى مثل هذا النظام بالنظام القانونى ،

أو النظام صاحب الولاية العامة . وقد حدت هذه الظاهرة بالفقه القديم الى اعتبار النظام القانونى نظاما تعاقديا رغم أن القانون ينفرد بفرضه ، وكان سند الفقه فى ذلك أن احجام الزوجين عن انشاء مشارطة مالية يحمل على انهما ارتضيا باختيارهما الضمنى الخضوع للنظام المقرر فى القانون . ولكن هذا التحليل غير صحيح كما تقدم بيانه ، ذلك أن القانون هو الذى يفرض نظاما على الزوجين عند عدم وجود مشارطة ولو لم يختر الزوجان أى حكم من الأحكام . ثم أنه يلاحظ فى النظام القانونى أنه يتضمن توازنا يقيمه القانون بين مصالح الزوجين وفقا لتقديره هو لا لتقدير الزوجين لهذه المصالح ، ولذلك يسرى النظام القانونى بسائر أجزائه ما دام الزوجان لم يتفقا على انشاء مشارطة أموال زوجية .

هذا ويلاحظ أن القانون يعتبر من ناحية أخرى مصدرا غير مباشر لتنظيم الروابط المالية بين الزوجين حتى فى حالة وجود مشارطة أموال زوجية ؛ لأن القانون هو الذى يعين مضمون كل نظام من النظم الاتفاقية أو هو الذى يعين بعبارة أخرى نماذج لتلك النظم الاتفاقية التى يختارها العاقدان مع تخويلهما حق التعديل عند الانشاء فى حدود ضيقه .

وسواء كان مصدر تنظيم أموال الزوجية هو الاتفاق أو القانون ، فمثل هذا التنظيم يقتضى تعمقا فى دراسة طبيعة الاتفاق ، وفى دراسة أثر أحكام القانون أو العقد فى ملكية كل من الزوجين ، وفى حدود حقه فى الانتفاع وفى مسئوليته فى ذمته المالية ، وفى تعيين حقوق الدائنين على المال ، وفى تكييف حقوق ذوى الشأن كافة فى هذا المال .

منهج الدراسة

وسنتناول دراسة النظام المالى للزوجين فى صلته ببعض نواحى نظريتى الحق العينى والحق الشخصى فى قسمين :

١ — فى القسم الأول نعرض لدراسة النظام المالى للزوجين فى نطاق التشريع المقارن ، فنتناول بالبحث نظام أموال الزوجية فى فرنسا باعتبارها ممثلة للنظم اللاتينية ، ثم نتناول نظام أموال الزوجية فى سويسرا باعتبارها ممثلة للنظم الجرمانية ونخرج من ذلك بمقارنة بين النظامين .

٢ — وفى قسم ثان نقوم بدراسة نظام أموال الزوجية فى القانون المصرى فنعرض للنظام الاسلامى كما نعرض للنظم التى تطبقها الطوائف غير الاسلامية.

وفضلا عن ذلك نفرد بحثا خاصا لكيفية تطبيق نظم أموال الزوجية الأجنبية فى مصر ، ونخرج من هذه الدراسة ببعض مقدمات أو توجيهات فى الاصلاح .

القسم الأول

فى نظم أموال الزوجية فى التشريع المقارن

سنتناول فى هذا القسم دراسة التشريع الفرنسى ونعقبه بدراسة التشريع السويسرى .

الباب الأول

فى التشريع الفرنسى

مر التشريع الفرنسى فى تنظيم أموال الزوجية بمراحل متعددة . وقد انتهى فى الربع الثانى من هذا القرن الى تطور يكاد يبلغ مبلغ العنف . ويتمثل هذا التطور فى الاعتراف للمرأة بكيان مستقل . ولذلك كان الزوج فى ظل قواعد التشريع الفرنسى قبل تطورها هو المهيمن بوجه عام على أموال الزوجية ولكن ظهر مبدآن آخران :

أولهما : مبدأ تحرر المرأة وتمتعها بالأهلية القانونية بعد أن كانت قبل التطور الأخير محرومة منها . وقد استتبع وجود هذا المبدأ تمتع الزوجة بحق التصرف فيما هو من مالها .

ثانيهما : مبدأ استقلال الزوجة بما يعود عليها من كسبها هى فيما لو كانت تكسب من عملها .

ولكن التعديلين المتقدم ذكرهما لم يستتبعا الانتقاص من مركز الزوج بوصفه قواما على شئون الأسرة أو بوصفه رئيسا للأسرة على حد تعبير الاصطلاح المستعمل فى فرنسا ، فرياسة الزوج للأسرة تعتبر مبدأ من المبادئ

الآمرة للتشريع الفرنسى ، وقد فرعوا على ذلك أنه لا يجوز المساس بالاحكام المترتبة على هذه الرياسة ولو بمقتضى اتفاق خاص يبرم قبل اتمام الزواج . والواقع أن رياسة الزوج للأسرة لا تزال فى كثير من الدول من أبرز المميزات التى يعتد بها التشريع فى نطاق الروابط المالية بين الزوجين .

وفى ضوء ما تقدم سنعرض :

(أولا) لكيفية انشاء نظام الأموال بين الزوجين فى فرنسا بمقتضى ما يسمى بمشارطة الزواج أو عقد أموال الزوجية .

(ثانيا) ثم نعرض بعد ذلك لنظم أموال الزوجية سواء منها النظام القانونى الذى يطبق عند عدم وجود مشارطة لأموال الزوجية أو النظم التى تتوقف على انشاء مشارطة خاصة .

المبحث الأول

فى مشارطة الأموال الزوجية

اذا لم ينشئ الزوجان مشارطة قبل انعقاد الزواج سرى عليهما النظام القانونى وهو فى فرنسا نظام الاشتراك فى الأموال الذى يشمل المنقولات والأموال العقارية التى تكتسب بعوض خلال الزوجية . أما اذا انشأ الزوجان مشارطة أموال الزوجية فمثل هذه المشارطة تعتبر دستورا لهما فى تنظيم علاقاتهما المالية . ولذلك جرى الفقه على تعريف مشارطة أموال الزوجية بأنها عقد يتم بين الزوجين قبل انعقاد الزواج بالأوضاع ووفقا للشروط المقررة فى أحكام القانون . ويقصد من هذا العقد الى تنظيم الروابط المالية بين الزوجين أو بعبارة أدق الى تعيين النظام المالى الذى يتبع أثناء قيام الحياة الزوجية بينهما .

ويبين من هذا التعريف أن مشارطة الزوجية عقد ولكنه عقد من طبيعة خاصة ، ويبين كذلك أن لهذا العقد موضوعا أو محلا خاصا . وسنتناول فيما يلى هذه المسائل الثلاث :

فمشارطة أموال الزوجية عقد لو أريد من اصطلاح العقد الى التعبير عن كل تصرف ينشأ بارادة عاقديه ، ففى هذه الحدود ينبغى أن يصدر رضاء من الزوجين ، وهذا الرضاء يكون ممثلا لتلاقى ارادتين ، فاذا لم يتراضى

الزوجان على الأخذ بنظام معين فلا مشارطة هناك . وبذلك يجب أن يسرى في حقهما النظام المقرر فى القانون . ففى حدود اشتراط تلاقى الارادتين يجب أن يتوافر هذا التلاقى فى مشارطة أموال الزوجية ويجب تبعا لذلك أن تطبق فى شأن هذه المشارطة القواعد العامة المتعلقة بالرضاء والأهلية ، وان كانت هذه القواعد تعدل من الناحية النظرية والعملية وفقا لأحكام القانون الخاصة أو وفقا لظروف الواقع . ومؤدى هذه الفكرة الأولى أنه اذا انعدمت الارادة وتمثل انعدامها فى صورة من صور البطلان اعتبرت مشارطة أموال الزوجية كأن لم تكن وخضع الزوجان للنظام القانونى . هذه ناحية .

أما الناحية الثانية فتتصل بموضوع أو محل المشارطة ، وفى حدود هذه الناحية يصعب اعتبار مشارطة أموال الزوجية عقدا ، ذلك أن قوام العقد هو حرية الارادة أو سلطانها فى تعيين مضمون العقد والحال ان الارادة فى مشارطة أموال الزوجية لا يعدو دورها اختيار نموذج من النماذج المبينة فى أحكام القانون مع ادخال تعديلات طفيفة لا تمس الجوهر . ولهذا يجمع الفقهاء فى فرنسا على أن مشارطة أموال الزوجية لا تعتبر عقدا لأن الارادة لا تتمتع فيها بحرية التعاقد وهم يشبهونها بعقود الشركات ، فالعاقد فى شركة المساهمة مثلا يوقع عقدا ابتدائيا أو نظاميا يكاد يتكفل القانون بتعيين مضمونه على وجه الدقة . ولذلك يجنح الفقه الى اخراج مشارطة الزواج وعقد الشركة من نطاق العقود ، لا على أساس أن تلاقى الارادتين غير لازم لهما ، اذ من الواضح أن هذا التلاقى ضرورة لا معدى عنها ، وانما على أساس انتفاء حرية الارادة فى تعيين مضمون العقد أو موضوعه ؛ فالقانون هو الذى يعين من قبل هذا المضمون وهو الذى يتكفل بمقتضى أحكامه باقامة التوازن بين مصالح العاقدين . فكأن الدور الذى تقوم به ارادة المتعاقدين ينحصر فى اختيار ما ارتضاه القانون للعاقدين من قبل . وبديهى أن وضع العقود الأخرى يختلف عن ذلك كل الاختلاف ولهذا يسمى الفقه مشارطة أموال الزوجية بالعقد النظامى contrat statutaire أو العقد التوفيقى .

وأول ما يصادف من قيود ترد على سلطان الارادة فى تعيين مضمون عقد الزواج أن العاقدين لا يملكان الاتفاق على استبعاد النظام القانونى فحسب ، فان اتفقا على ذلك ووقفا عند هذا الحد دون اختيار نظام آخر لأموال الزوجية ،

كان اتفاقهما باطلا لمخالفاته للنظام العام ، اذ هو يستتبع استبعاد النظام القانونى ، واستبعاد كل نظام اتفاق آخر ؛ وهذا يؤدى عملا الى أن تظل المصالح المالية فيما بين الزوجين بمعزل عن كل تنظيم .

ثم ان من المقرر كذلك أن مشارطة الأموال الزوجية لا يجوز أن تتضمن أى مساس بسلطة الزوج باعتباره رئيسا للأسرة ، ولا يجوز أن تتضمن أحكامها تغييرا من نظام التوارث بين الزوجين أو تغييرا من أحكام الولاية أو الوصاية أو تخالف القواعد الآمرة فى نظم الزواج أو قواعد النظام العام وحسن الآداب بعبارة عامة .

فاذا وضحت هذه الحقيقة ظهر أن الارادة فى نطاق مشارطات الزواج لا تتمتع الا بحرية اختيار أنموذج من النماذج المقررة فى القانون دون أن تتمتع بحرية تعديل أحكام هذا الأنموذج أو الاضافة اليها على وجه يخل بالقواعد الآمرة المقررة فى القانون . على أن هذا لا ينفى أن للعاقدين أن يضيفا الى مشارطة أموال الزوجية أحكاما أخرى ، فمن قبيل ذلك مثلا أنه يجوز أن تضاف أحكام تتعلق بالتبرعات بين الزوجين أو أحكام تتعلق بتبرعات الغير للزوجين ، وبديهى أن ما يضاف الى المشارطة مما لا يعتبر من جوهرها يخضع لأحكام القواعد العامة .

وخلاصة ما تقدم أن مشارطة أموال الزوجية تصرف قانونى ينعقد بارادتين ، ولكنها لا تعتبر من الطراز المألوف فى العقود ، اذ هى عقد من طبيعة خاصة بالنظر الى كيفية انعقاده وبالنظر الى تحديد مضمونه حيث ينحصر موضوع المشارطة فى اختيار نظام لأموال الزوجية ، عدا النظام القانونى الذى يسرى عند احجام الطرفين عن الاختيار .

تبعية المشارطة :

على أن أهم ما يراعى فى هذا العقد فى القانون الفرنسى هو صفة التبعية . فمشارطة أموال الزوجية ينبغى أن تتم قبل انعقاد الزواج ؛ ويقال أنها فى بقائها متوقفة على وجود الزواج ، أى أنها تنعقد مع تفاهم العاقدين ضمنيا على أنها لا تبقى الا اذا تمت الزوجية . ويترتب على ذلك أنه اذا لم يتم الزواج تسقط

مشارطة أموال الزوجية وتعتبر كأن لم تكن . ولا يهم فى هذا الشأن أن تطول المدة التى تنقضى بين انعقاد مشارطة الزواج واتمام الزواج نفسه ، فطول هذه المدة أو قصرها ليس بذى بال . وانما تعتبر المشارطة ساقطة متى ظهر اعراض الطرفين عن الزواج بشكل واضح ، فان استمرت المشارطة قائمة دون أن يبدو من الطرفين اعراض عن الزواج اعتبرت موجودة . على أن اشتراط انشاء المشارطة قبل اتمام الزواج وان بدى غريبا ، الا أن فى ظروف القانون الفرنسى ما يفسره ؛ فالقانون الفرنسى يتبع مبدأ عدم جواز تغيير نظام أموال الزوجين أثناء قيام الزوجية . فاذا لم ينشئ الزوجان مشارطة أموال الزوجية قبل الزواج حمل ذلك منهما على الرغبة فى الخضوع لنظام أموال الزوجية القانونى ، وبذلك يمتنع على الزوجين أن يعدلا هذا النظام القانونى بمشارطة زوجية يتم انشاؤها فيما بعد .

هذه هى القاعدة فى القانون الفرنسى . ولكن قاعدة اشتراط وجوب انشاء مشارطة أموال الزوجية قبل اتمام الزواج لا تخلو من تعقيد ، وهذا التعقيد نصادفه فى ناحيتين :

ففى ناحية أولى قد تنشأ مشارطة الزوجية ولا يتم الزواج . وفى هذه الحالة تسقط المشارطة على الوجه الذى تقدم بيانه من قبل ، الا أن الذى يسقط من هذه المشارطة هو ما يتعلق على وجه التخصيص والافراد بنظام أموال الزوجية أو ما يعتبر متصلا بهذا النظام اتصال تلازم . أما ما عدا ذلك مما قد يرى الزوجان المقبلان ادخاله فى مشارطة الزوجية فيبقى دون أن يتناوله سقوط . اما بوصفه اقرارا صادرا من جانب واحد حيث يثبت الأثر القانونى لهذا الاقرار بمجرد الادلاء به ، واما بوصفه تعاقدا عاديا تم بين الطرفين . فمن ذلك مثلا أن الزوج المقبل الذى يقر بنسب ولد طبيعى فى المشارطة يعتبر اقراره مقيدا له رغم سقوط المشارطة وعدوله عن الزواج باعتبار أن هذا الاقرار منفصل عن نظام الأموال وباعتبار أن هذا الأقرار يلزم المقر متى توافرت فيه شروط صحته . وقد قضى القضاء الفرنسى بذلك .

وكذلك الشأن فيما لو كانت مشارطة أموال الزوجية قد تضمنت اتفاقا على أمر آخر غير متصل بأموال الزوجية نفسها كصلح تم بين الطرفين على كف منازعة أحدهما فى حق ارتفاق كان يطالب به الطرف الآخر .

ففى هذا المثال وسابقه لا يؤثر سقوط مشارطة أموال الزوجية فى بقاء الاقرار أو الشرط الذى لا يتصل بنظام أموال الزوجية . وتعتبر هذه النتيجة مجرد تطبيق لنظرية اقتصار التصرفات ، وتسمى أحيانا نظرية انتقاص التصرفات.

ومن ناحية أخرى تعرض صعوبات مردها تراخى اتمام الزواج فى الزمن بعد انشاء مشارطة أموال الزوجية ، فقد تنقضى فترة تطول أو تقصر على حسب الأحوال . فمن أى وقت ترتب مشارطة أموال الزوجية آثارها عند اتمام الزواج ؟ أتترتب هذه الآثار من وقت انشاء المشارطة أم انها تترتب من وقت تمام الزواج ؟ .

انقسم الفقه والقضاء الفرنسى قديما الى رأيين ، ورجح فى الفقه القديم رأى القائلين بأن المشارطة تترتب آثارها من وقت انشائها ؛ بمعنى أنه عند مايتم انشاء الزواج وترتب المشارطة آثارها القانونية تستند هذه الآثار الى الماضى والى وقت انشاء المشارطة على وجه التحديد . ويشبه هذا الرأى رأى القائلين بأنه متى تم تسجيل عقد البيع وانتقلت الملكية فان هذا الانتقال يستند الى وقت انشاء البيع . وأصحاب فكرة الأثر الرجعى فى مشارطة أموال الزوجية يستندون الى أن هذه المشارطة معلقة على شرط واقف هو اتمام الزواج ، فان تم الزواج ترتبت آثار المشارطة من جراء تحقق الشرط واستندت تلك الآثار أو ارتدت الى الماضى ؛ ولذلك يفترض أنها ترتبت من وقت انشاء مشارطة أموال الزوجية . الا أن هذا الرأى أصبح معدولا عنه .

فالواقع أن الاستناد الى فكرة الشرط استناد غير صحيح وغير لازم : فهو غير صحيح من حيث الواقع باعتبار أن الأثر الرجعى للشرط لا يعدو أن يكون افتراضا ينبغى فى القليل أن يتمشى مع مقصود العاقدين ، والحال أن العاقدين لم تنصرف ولا يمكن أن تنصرف نيتهما الى ترتيب آثار المشارطة الا عند اتمام الزواج ، أما قبل ذلك فهما يعلمان أنها لا ترتب أثرا ويقصدان الى ذلك . فضلا عن أنه يلاحظ أن نظام أموال الزوجية شرع لتنظيم الروابط المالية بين زوجين ، والأخذ بفكرة الأثر الرجعى لمشارطة أموال الزوجية يترتب عليه اعتبار الزواج تاما من حيث الآثار المالية فى وقت سابق على اتمام

العقد . ومن ناحية أخرى فالاستناد الى فكرة الشرط غير لازم لأن المفروض أن هذه الفكرة لا يلجأ اليها الا لتفسير نتائج معينة وهذه النتائج فى الوسع أن تستند الى تفسير آخر لا حاجة فيه الى الاستعانة بفكرة الأثر الرجعى للشرط.

ولذلك اتجه الفقه الحديث فى فرنسا الى العدول عن الرأى الأول . ويكاد يجمع الفقهاء الحديثون على أن اتمام الزواج هو الذى يعتبر تاريخا لبداية ترتيب آثار مشارطة الزوجية دون أن تستند هذه الآثار الى الماضى . الا أن الفقه الحديث لا يزال مضطربا فى شأن مسألتين : الأولى فى تفسير هذا الرأى، والثانية فى الاستثناءات التى ترد على هذا الرأى وهى استثناءات أقرها القضاء رغم انتقاد الفقه :

ففيما يتعلق بالمسألة الأولى يذهب فريق من الفقهاء الفرنسيين الى أن مشارطة الزوجية تعتبر من حيث الآثار مضافة الى أجل لا معلقة على شرط ، الا أنه يلاحظ على هذا الرأى أن الأجل أمر مستقبل محقق الوقوع مع أن اتمام الزواج أمر احتمالى وإن غلب بين طرفى المشارطة اتمام الزواج .

ولذلك لا يستقيم الرأى الثانى على أساس الأجل الواقف وانما يستقيم هذا الرأى على أساس تراضى طرفى الرابطة على ارجاء تنفيذها الى الوقت الذى يتم فيه ابرام عقد الزواج بين الزوجين ، فمثل هذا التفسير الذى يستند الى نية المتعاقدين هو الذى يتمشى مع الواقع ، وهو التفسير الذى نصادف نظيرا له فى حالات أخرى تتصل بنظرية العقد أخصها حالة الكفالة . فمن يكفل مدينا فى ظل القانون المدنى الجديد تعتبر كفالته موقوفة الى أن يتم تنفيذ القرض فيما لو كان هذا المدين مقترضا . فان لم يتم تنفيذ القرض أضحى التزام الكفيل ساقطا ، وأن تم تنفيذه رتبت الكفالة آثارها من وقت هذا التنفيذ ، ولذلك تكون القاعدة العامة هى أن مشارطة أموال الزوجية لا ترتب آثارها الا من الوقت الذى يتم فيه الزواج .

أما المسألة الثانية التى اضطرب الفقه الفرنسى فى شأنها فتتصل بالاستثناءات التى ترد على القاعدة العامة التى تقدمت الاشارة اليها . فرغم وضوح هذه القاعدة لم يتردد القضاء الفرنسى فى اقرار استثناءات لها ، وأخص هذه الاستثناءات هى الهبات التى تنص عليها المشارطة ، فهذه الهبات تعتبر

مرتبة لآثارها من وقت اتمام المشارطة ، سواء فى ذلك الهبات الصادرة من الغير أو الصادرة من أحد الزوجين للآخر . ولم يتردد القضاء فى ترتيب آثار الهبات من وقت انشاء المشارطة رغم أن الفقه يجمع على أن المشارطة لا ترتب آثارها الا من وقت اتمام الزواج .

والواقع أنه لا يوجد تلازم بين ترتيب آثار النظام المالى من وقت اتمام الزواج وبين ترتيب الهبة لآثارها عند انعقادها ، وكل ما هنالك أن الهبة — وهى تصرف قد يقع بمناسبة الزواج وقد يقع فى غير ذلك من مناسبة — تعتبر موقوفة على شرط فاسخ هو تخلف الزوجين عن اتمام الزوجية . فاذا تحقق الشرط ولم تتم الزوجية فسخت الهبة ، واذا تمت الزوجية تخلف الشرط واتصلت آثار الهبة وظلت قائمة .

وهذا استثناء أول شفعة القضاء باستثناء ثان يتعلق بالبائنة أو الدوطه . فقد استقر القضاء فى فرنسا على أن الدوطه التى يتم انشاؤها بمقتضى عقد الزواج تعتبر مكتسبة لصفتها هذه من وقت انشاء مشارطة أموال الزوجية لا من قبل . فالبائنة تعتبر من قبيل الأموال التى لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو انتقالها بطريق الميراث ، فهى مال محبوس وحبسه هذا يترتب من وقت انشاء مشارطة الزواج .

والواقع أن مذهب القضاء الفرنسى فى هذه المسألة يستند الى اعتبارات عملية . فهو يتمشى مع مقصود العاقدين من ناحية ، وهو بعد ييسر اتمام الزواج ؛ اذ لو أخذ بغير هذا المذهب لترتب عليه احتمال الانتقاص من مال البائنة أو تعرضه للخطر ، وبذلك قد لا تتم الزوجية مع أن المقصود من انشاء مشارطة الزوجية هو التمهيد عملا لاتمام الزواج .

بقى الاستثناء الثالث وهو ما يتعلق بالوكالة الخاصة التى تصدر من أحد الزوجين الى الآخر ، فهذه الوكالة يرتب القضاء كامل آثارها من وقت النص عليها فى مشارطة نظام أموال الزوجية ، ولا يتبقى هذا الأثر الى ما بعد اتمام الزوجية ، والاعتبارات العملية أيضا هى التى تبرر مثل هذا المذهب.

فما دام الطرفان قد تراضيا على الوكالة فالذى يغلب فى مقصودهما هو أعمال أحكامها من وقت التراضى ولا خطر فى ذلك لأن للموكل دائما أن يعزل الوكيل فى أى وقت شاء ، مالم نكن الوكالة مشروطة لمصلحة تخص ثالث أو لمصلحة الوكيل .

وفيما عدا هذه الاستثناءات تسرى القاعدة العامة بمعنى أن مشارطة أموال الزوجية لا تترتب الا عند اتمام الزوجية .

على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن لاطلاق صفة التبعية على مشارطة الزوجية معنى آخر ، فالمشارطة تظل مرتبة لآثارها ما بقيت الحياة الزوجية قائمة ؛ فان انفصل رباط الزوجية بسبب الموت أو الطلاق أو بسبب صدور حكم بالبطلان ففى هذه الحالة تقف آثار المشارطة أو تعتبر ساقطة على حسب الأحوال ، ولا يخل هذا بتصفية العلاقات المالية بين الزوجين على أساس المشارطة أو على الأساس الذى يقرره القانون .

النواحى التى تختلف فيها المشارطة عن سائر التصرفات القانونية

بسطنا فيما تقدم تعريف مشارطة أموال الزوجية وعرضنا الخصائص المميزة لهذه المشارطة بوصفها تصرفا قانونيا . والآن نتناول النواحى التفصيلية فى هذه المشارطة فى حدود اختلاف هذه النواحى عن نظيرها بالنسبة لسائر التصرفات القانونية :

فالواقع أن مشارطة أموال الزوجية ترد فيها على الارادة قيود متعددة لا نظير لها بالنسبة لسائر التصرفات القانونية العادية . ثم أن حرية الارادة فى تعديل مشارطة أموال الزوجية حتى برضاء الطرفين تكاد تكون معدومة بسبب مبدأ عدم جواز تغيير نظام أموال الزوجية . وفضلا عن ذلك يلاحظ فيما يتعلق بأهلية المتعاقدين لانشاء المشارطة أن ثمة قواعد خاصة . فناقص الأهلية مثلا لا يستطيع أن يبرم المشارطة الا متى كان أهلا للزواج ومتى اشترك معه من يشترط القانون رضاءه بالزواج .

وأخيرا يشترط فى مشارطة أموال الزوجية أن تكون مفرغة فى الشكل الرسمى ، فالرسمية ركن من أركانها . ويشترط فوق ذلك أن يتم شهر المشارطة باتباع اجراءات خاصة ، لأن أثر النظام المالى بين الزوجين لا يقتصر على الزوجين فحسب وانما يؤثر فى مصالح الغير وفى طليعتهم من يتعامل مع الزوجين وكذلك فريق الدائنين التى تثبت لهم ديون فى ذمة كل من الزوجين.

فاذا انتهينا من عرض هذه الأحكام بقى أن نتناول بيان الجزاء الذى شرعه القانون لمخالفة القواعد الخاصة بصحة مشارطة أموال الزوجين .

وعلى هذا النحو نبدأ بالمسألة الأولى وهى الخاصة ببيان القيود التى ترد على سلطان الارادة عند ما يكون التصرف عبارة عن مشارطة أموال الزوجين.

القيود الواردة على سلطان الارادة عند انشاء المشارطة . .

فالمبدأ المقرر فى القانون الفرنسى هو مبدأ حرية الاتفاق فى شأن مشارطات أموال الزوجية ، وقد تقدم ذكر ذلك ، بل أن مبدأ الحرية هذا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز الحد منه أو النزول عنه ولو بمقتضى اتفاق خاص . ولكن لا يقصد من تلك الحرية أن للزوجين سلطانا مطلقا فى تنظيم روابطهما المالية ، بل المقصود من ذلك هو حرية الزوجين فى اختيار نظام من النظم التى يقررها القانون أو فى اغفال الاختيار رغبة منهما فى الخضوع لنظام أموال الزوجية القانونى . ويجوز أن يضاف الى ما تقدم أن اختيار نظام بعينه لا يعتبر ضروريا ؛ فحرية الاتفاق على النظام المالى تستتبع حرية الزوجين فى الجمع أو فى التوفيق بين نظامين أو أكثر ؛ فلا مانع مثلا من اختيار نظام البائنة فى جزء من الأموال واختيار نظام الاشتراك فى جزء آخر ، والمهم فى كل هذا أن يتم الاختيار فى نطاق القيود التى يقررها القانون . ومعنى ذلك أنه لا يوجد ما يمنع الزوجين من انشاء مشارطة زوجية على نسق غير معروف فى البيئة الفرنسية ما دام لا يتضح أن شروط المشارطة تنطوى على ما يخالف الأحكام الآمرة فى القانون . أو بعبارة أخرى القيود التى يقررها القانون .

ولهذا أباحت محكمة النقض الفرنسية جواز الاحتكام الى نظام أجنبى لأموال الزوجية تنص عليه المشارطة ما دام هذا النظام لا يتعارض مع القيود المقررة فى القانون الفرنسى ، فما هى اذن هذه القيود ؟ .

(أولا) القيود المتعلقة بالنظام العام :

لا يجوز أن تتضمن مشارطة أموال الزوجية شرطا أو اتفاقا يتعارض مع النظام العام والآداب ، وهذه هى القاعدة العامة بالنسبة الى جميع التصرفات. الا أن التشريع الفرنسى آثرها بنص خاص حتى لايتبادر الى الذهن أن فى الوسع أن تخالف قواعد النظام العام أو الآداب استنادا الى أن مشارطة أموال الزوجية تعتبر بمثابة ميثاق عائلى . وليس الأمر يسيرا فى تبين ما يتعارض مع النظام العام أو الآداب بالنسبة إلى مشارطات أموال الزوجية . فأحيانا تعرض صورة دقيقة عرض بعضها فى مصر فى ظل نظام الوقف . فمثلا اختلف الرأى فى شأن الاتفاق فى مشارطة أموال الزوجية على منع الزوج أو الزوجة بعد موت الطرف الآخر من الزواج وتعليق بقاء الهبات قائمة على استمرار هذا المنع ، فهل يعتبر مثل هذا الشرط أو الاتفاق مخالفا للنظام العام أم أنه يعتبر غير مخالف ؟ وما حكم الهبات التى ينص عليها فى مشارطة أموال الزوجية وتكون مقترنة بمثل هذا الشرط ؟ .

الواقع أن القضاء الفرنسى اتجه الى الحكم بصحة مثل هذا الشرط بعد تردد. وقد أقر فقهاء الشريعة هذا الشرط فى كتب الواقفين فى ظل نظام الوقف ، مع أنه ليس من شك فى أن الحق فى الزواج يعتبر عنصرا من عناصر حالة الأشخاص ، وأن مثل هذا الاتفاق يقضى الى النزول عن عنصر من عناصر الحالة . ومثل هذا النزول يتعارض مع النظام العام والآداب .

ويتصل بالقيود المتعلقة بالنظام العام جميع القيود المقررة فى قواعد آمرة ؛ فمن ذلك الأحكام الخاصة باعتبار جميع الشروط أو الاتفاقات الخاصة بالتركات المستقبلة باطلة ؛ فالواقع أن مشارطات الزوجية كانت قديما تتضمن اتفاقات خاصة فى شأن توزيع الميراث . وكانت هذه الاتفاقات تعدل من نظام المواريث. ولكن التشريع الفرنسى الحديث منع الاتفاق على التركات المستقبلة وجعل المنع شاملا . وكان المقصود من المنع أن يحال بين الزوجين وبين تضمين مشارطات الزواج اتفاقات يراد بها الخروج على قواعد الميراث .

ثم يلى ذلك مما يتصل بالاحكام المتعلقة بالنظام العام القواعد المانعة الأخرى كالقاعدة التى تمنع الاتفاق على حرمان الزوج من منزلته كرب للأسرة ، فمثل هذا الحرمان يعتبر متعارضا مع النظام العام لأن قوامة الزوج على شئون الزوجية وعلى شئون الأسرة تعتبر أمرا طبيعيا .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بالاتفاقات الخاصة بالولاية على الصغار وبحضانتهم ، فلا يجوز أن تتضمن مشارطة أموال الزوجية اتفاقات خاصة تعدل من أحكام القانون فى هذا الشأن . ذلك أن قواعد الولاية والحضانة تعتبر متعلقة بالنظام العام . وقد أقر القضاء الفرنسى هذا النظر كما أقره القضاء المصرى .

وقد عرض أمر الاتفاقات التى تتصل بتعيين دين الأولاد بين الزوجين المختلفين دينا ، وكان الرأى يتجه قديما الى صحة هذه الاتفاقات ولكن عدل عن هذا الرأى القديم واستقر القضاء على بطلان مثل هذه الاتفاقات .

هذا هو القسم الأول من قيود الارادة وهو لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق لأحكام القواعد العامة :

(ثانيا) القيود المتصلة أو المستمدة من نظام أموال الزوجية :

على أن النوع الثانى من القيود هو الذى تتميز به مشارطات أموال الزوجية ، فالمفروض فى هذه المشارطات أنها لا تخل بدستور الروابط المالية بين الزوجين كما يستمد من أحكام القانون ، ولذلك استقر القضاء فى فرنسا على ابطال المشارطة التى يتفق فيها على حرمان الزوج من حقه فى رياسة الاشتراك فى الأموال ، اذ هو بحكم هذه الرياسة يستطيع أن يتولى الادارة ويملك حرية التصرف ، وهو فى مقابل ذلك يتحمل مسئوليات خطيرة . ولهذا جرى القضاء على اعتبار الاتفاق على مثل هذا الحرمان باطلا لمنافاته لمنطق نظام الاشتراك فى الأموال .

وكذلك جرى القضاء على ابطال الشروط التى ترمى الى الحد من أهلية الزوجة ، فقديما جرى الموثقون فى مشارطات أموال الزوجية على اعتبار الزوجة محرومة من أهلية التصرف ومن أهلية الالتزام حتى فى الحالات التى يوافق فيها الزوج على تصرفها أوالتزامها . وكان هذا الشرط يسمى بالحد

التعاقدى من الأهلية . ورغم أن القضاء ذهب فى أول الأمر الى صحة مثل هذا الشرط ، الا أنه عاد بعد ذلك واستقر على بطلانه باعتبار أن مسائل الأهلية لا يجوز أن تكون محلا للتقييد باتفاق خاص . وقد خطا القانون الفرنسى خطوة واسعة فأقر للزوجة بأهليتها . ولذلك نتناول بالبحث جواز الاتفاق فى الوقت الحاضر على التقييد من أهلية الزوجة بمقتضى اتفاق خاص فى المشارطة . ويجمع الفقه على أن مثل هذا التقييد غير جائز لتنافيه مع منطق النظام المالى بين الزوجين . على أن التطبيقات العملية التى كانت محلا لخلاف الفقه والقضاء تتناول الشروط التى تدرج فى شأن حرية الزوجة بالنسبة الى كسبها من عملها، وفى شأن النص على عدم جواز التصرف فى أموال الزوجية الخالصة ، وفى شأن النص على عدم جواز التصرف فى الأموال المشتركة بين الزوجين .

ففيما يتعلق بكسب الزوجة انصرف القانون الى انشاء حماية خاصة للزوجة فيما يتعلق بكسبها من عملها ، وترجع هذه الحماية الى سببين :

(الأول) تأمين الاستقلال المالى للزوجة . فمتى كان للزوجة أن تتصرف فى كسبها من عملها أمكن أن تطمئن الى أن مركزها فى الحياة الزوجية ليس عرضة لتأثير ينشأ عن عنت الزوج .

(والثانى) يرجع الى رغبة المشرع فى تشجيع المرأة على العمل ؛ وليس أدعى إلى اغراء الزوجة بالعمل من أن تكفل لها حماية فيما يتعلق بكسبها من عملها .

وقد كان هذان السببان وغيرهما من الأسباب التى تم الاستناد اليها عند تعديل القانون الفرنسى محلا لجدل كبير ؛ الا أن هذا الجدل قد انقطع عند ما صدر التشريع ونص فيه صراحة على حرية الزوجة فى التصرف فى كسبها من عملها . ولذلك فرع الفقه والقضاء على المبدأ المقرر لهذه الحرية أن كل اتفاق يحد من الحرية المتقدم ذكرها يعتبر اتفاقا باطلا .

هذا وقد أثير خلاف فيما يتعلق باشتراط عدم التصرف فى الأموال التى تكون مملوكة للزوجة ولا تدخل فى أموال الزوجية دون أن يكون هناك وضع خاص ينظم مركز هذه الأموال .

وقد ذهب فريق من الفقهاء الى أن مثل هذا الشرط يعتبر باطلا لأنه يحد من أهلية الزوجة من طريق غير مباشر . الا أن هذا الرأى أصبح مهجورا من الناحية العملية ، واستقر القضاء فى السنوات الأخيرة على تصحيح هذا الشرط باعتبار أنه يجعل من أموال الزوجية التى جاء فى شأنها النص نوعا من أنواع البائنة تعتبر غير قابلة للتصرف . الا أن الفقه والقضاء لم يرتبا على ذلك فقدان الزوجة لأهليتها ، ولم يرتبا أيضا بطلان التصرف فى المال . فالتصرف الذى يقع على خلاف الشرط لا يكون باطلا بطلانا مطلقا وانما يكون غير نافذ بالنسبة الى المال الذى شرط عدم التصرف فيه . وبهذا قيل أن التصرف يصح نفاذه بالنسبة الى الأموال التى تكتسبها الزوجة فيما بعد ، ويصح نفاذه أيضا عند ما ينقضى نظام الزوجية اما بالانحلال أو بوفاة أحد الزوجين .

وأخيرا عرضت للقضاء الفرنسى صور الاتفاقات التى ترمى الى عدم جواز التصرف فى الأموال الطارئة أى الأموال التى تكتسب بعقد من عقود المعاوضة بعد انشاء نظام أموال الزوجية ؛ فالأموال الطارئة يكون للزوج حق التصرف فيها دون أن يقيد هذا الحق . ولهذا قيل أن كل شرط يرمى الى عدم جواز التصرف فى الأموال الطارئة يعتبر فى الحقيقة شرطا يرمى الى تقييد حقوق الزوج بالنسبة الى أموال الزوجية ، ولما كانت هذه الحقوق مقررة لمصلحة الأسرة ولمصلحة السلام العائلى فيها ، فهى تتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على الحد منها بشرط خاص .

وحاصل هذا الشرط الذى تقدم أن القضاء الفرنسى اعتبر المصلحة التى يتوخاها الزوجان من شرط عدم التصرف مشروعة فى الحالة الأولى واعتبرها على النقيض من ذلك غير مشروعة فى الحالة الثانية . ولذلك قرر صحة الشرط فى الحالة الأولى وقرر بطلانه فى الحالة الثانية .

مبدأ عدم جواز تغيير الاتفاقات الخاصة بالأنظمة المالية .

أخذ القانون الفرنسى بمبدأ أصلى فيما يتعلق بمشارطات أموال الزوجية وجعل هذا المبدأ متعلقا بالنظام العام كقاعدة عامة . ومؤدى هذا المبدأ المتقدم ذكره أن نظام أموال الزوجية الذى كان قائما وقت انشاء مشارطة أموال

الزوجية أو وقت الزواج ، إن لم تكن هناك مشارطة ، يظل قائما بذاته دون أن يعدل ما بقيت الزوجية قائمة . ويسمى هذا المبدأ بمبدأ جمود النظام المالى للزوجين ، أو بعبارة أخرى بمبدأ عدم قابلية نظام أموال الزوجية للتغيير. ويلاحظ أولا أن هذا المبدأ ينسحب على نظام أموال الزوجين بصرف النظر عن مصدره فهو يطبق على النظام الذى يكون منشؤه مشارطة أموال زوجية ، كما يطبق على النظام الذى يكون مستمدا مباشرة من نص القانون دون وجود مشارطة .

والمقصود بعدم قابلية النظام للتغيير هو عدم جواز الاتفاق على تعديل النظام بارادة الزوجين . فاذا لم يكن هناك نظام اتفاقى فلا يجوز لهما أن ينشئا نظاما اتفاقيا بعد انعقاد الزواج . واذا وجد نظام اتفاقى وجب أن يظل هذا النظام بغير تعديل . وبديهى أن الشارع يملك تعديل النظام بقواعد تشريعية يصدرها كلما رأى ذلك ، ولكن المقصود بالمنع هو خطر اتفاق الزوجين على التعديل .

ومبدأ عدم جواز تعديل نظم الأموال الزوجية هذا ليس من المبادئ المجمع عليها فى التشريع المقارن ؛ فبينما يعتبر مبدأ جوهريا من مبادئ التشريع الفرنسى ، وبينما يتشيع له القضاء فى فرنسا بوجه خاص ، يعتبر هذا المبدأ من المبادئ التى أجمع التشريع الألمانى والتشريع السويسرى على نبذها . ففى المانيا وسويسرا يجوز للزوجين أن يعدلا بعد الزواج النظام القانونى الذى يخضعان له أو النظام الاتفاقى الذى اتفقا على اتباعه عند الزواج . وقضاء المحاكم الألمانية والسويسرية مستقر على ذلك . وقد أخذت محكمة استئناف القاهرة بهذا القضاء فى حكمها الصادر فى ٢٩ يونيو سنة ١٩٥٥ بالنسبة الى زوجين سويسريين .

ويلاحظ أن تعارض التشريعات فى هذا الشأن يرجع الى التقاليد أكثر مما يرجع الى المنطق ؛ ففى فرنسا يعتبر نظام الأموال بين الزوجين نظاما اتفاقيا تتحكم الارادة فى اختياره ، وكان من المنطق أن تتحكم الارادة أيضا فى تغييره ؛ ولكن الفقه الفرنسى يؤيد ما استقر عليه التشريع الفرنسى مستندا فى ذلك أولا الى التقاليد القديمة وثانيا الى أن نظام أموال الزوجية يعتبر ميثاقا عائليا ، فهو ينشأ لا بتراضى الزوجين فحسب وانما بتراضى أسرتين ؛ فأسرة

كل من الزوجين تعتبر فى الغالب الشائع طرفا فى مشارطة أموال الزوجية ولو لم تظهر فعلا فى هذه المشارطة ؛ اذ الغالب أن يتم الزواج باتفاق بين أسرتى الزوج والزوجة . وعلى أساس هذا التدليل قيل أن ما نشأ بتراضى أسرتين لا يجوز أن يعدل بتراضى الزوجين وحدهما .

وظاهر أن مثل هذا التدليل ينطوى على قدر غير يسير من الافتعال . الا أن الفقه فى فرنسا يضيف الى ذلك أن مبدأ عدم التغيير يحمى الى حد بعيد كلا من الزوجين من تسلط الآخر عليه . فقد يرى أحدهما تغيير النظام باتفاق لاحق وقد يكون هذا الزوج متسلطا على الآخر ، وفى هذه الحالة لا يكون أمام الآخر الا أن يقبل التغيير دون مناقشة أو تقدير . واذا لم يكن أحد الزوجين متسلطا على الآخر ، جاز أن يكون طلب التغيير مثارا لنزاع يهدد كيان الأسرة والحياة الزوجية . وفى هذا الجزء الأخير من التدليل قدر من الصواب .

وأخيرا يضيف الفقه الفرنسى الى الحجج المتقدمة حجة أخرى تتصل باستقرار المعاملات المالية . ذلك أن نظام الأموال الزوجية متصل بالمعاملات المالية التى تتولد عنها حقوق للغير . ولهذا قيل إن تغيير نظام أموال الزوجية يؤدى الى اضطراب المعاملات والاضرار بالغير . ولكن هذه الحجة الأخيرة تثير صعوبة يمكن التغلب عليها ، فمن الميسور أن ننظم علانية للتغيير كما هو الشأن فى الدول التى أباحت التغيير .

ومهما يكن من أمر التدليل النظرى أو التاريخى ، فالظاهر أن الأخذ بمبدأ عدم قابلية نظام الأموال للتغيير أو الأخذ بالمبدأ المناقض له تعتبر مسألة تتكيف وفقا للميول الاجتماعية ، ولتصوير كل بيئة من البيئات لصلات الزوجين ، ولمبلغ استقلال كل من الزوجين برأيه ومبلغ حاجته الى الحماية فى الوسط الذى يعيش فيه .

هذا هو مبدأ عدم قابلية نظم الأموال للتغيير . وسنعرض فيما يلى لتطبيقات المبدأ ، ثم لما يدخل فى المبدأ من عناصر المرونة ، وأخيرا نتناول الاستثناءات التى ترد على المبدأ :

(أولا) تطبيقات المبدأ :

يلاحظ أن التطبيقات الرئيسية يمكن اجمالها فيما يلى :

١ — عدم جواز استبدال نظام أموال زوجية جديد بالنظام القائم بمقتضى اتفاق خاص .

٢ — عدم جواز تعديل الأحكام الواردة فى نظام أموال الزوجية ولو تعديلا جزئيا بمقتضى اتفاق خاص .

٣ — عدم جواز احلال نظام زوجية اتفاقى محل نظام الزوجية القانونى اذا كان الزوجان لم يتفقا على نظام خاص قبل الزواج .

وقد توسع القضاء فى تطبيق المبدأ المتقدم ذكره فأبطل كل اتفاق يرمى الى تعديل نظام أموال الزوجية بطريق مباشر أو غير مباشر . والعبرة بالأثر العملى للاتفاق لا بأثره النظرى . ولهذا استقر القضاء والفقه على عدم جواز انشاء شركة بين الزوجين ، لأن ارتباط الزوجين على أساس عقد الشركة يفضى الى ترتيب مسئوليات مالية على عاتق كل منهما ويفضى الى الاخلال عملا بمقومات النظام المالى الذى أختاراه أيا كان هذا النظام .

ثم أن القضاء عرض فى المناسبة ذاتها للاتفاقات الخاصة بالهبات بين الزوجين أثناء قيام الزوجية ، وكانت الهبات بين الزوجية محرمة فى القانون الفرنسى من قبل ، وكان المقصود من التحريم هو احترام مبدأ عدم جواز تغيير نظام أموال الزوجية ؛ ذلك أن اباحة الهبة تستتبع جواز تغيير نظام الأموال بين الزوجين . وعند ما أبيح أخيرا لأحد الزوجين أن يهب الآخر ، جعل الترخيص بالهبات مقرونا بالنص على عدم جواز الرجوع فى تلك الهبات .

وقد تناول البحث بعض المسائل التفصيلية فيما يتعلق بتنفيذ المبدأ السابق فأثيرت مسألة جواز أو عدم جواز الاتفاق على أجل فاسخ أو أجل واقف وجواز أو عدم جواز الاتفاق على الشرط الواقف ، فهل يجوز مثلا للزوجين أن يتفقا على تأجيل العمل بنظام الأموال الزوجية الى أن يحل تاريخ معين ؟ وهل يجوز لهما أن يتفقا على انهاء نظام أموال الزوجية فى أجل معين ؟ .

الجواب : أن مثل هذه الاتفاقات تعتبر معدلة لأحكام نظام أموال الزوجية ، ولذلك لا يعمل بها وتعتبر باطلة . وكذلك الشأن فيما يتعلق بالشرط فلا يجوز للزوجين أن يتفقا مثلا على أن يخضعا لنظام زوجية معين على أن يحل محله نظام آخر فيما لو حدث أمر مستقبل غير محقق الوجود . ذلك أن مؤدى الاتفاق على الشرط أو الأجل فى هذه الصور جميعا هو تعديل نظام الأموال ، إما عن طريق وقف العمل به وإما عن طريق استبدال نظام آخر به ؛ والأمران غير مشروعين .

وأخيرا استقر القضاء على عدم جواز الاتفاق على تعديل القواعد المتعلقة بتصفية نظام أموال الزوجية ما دام النظام قائما . على أن هذا لا ينفى أن لأى من الزوجين أن يتنازل للزوج الآخر عن أى مال بعد أن تتحدد حقوقه فى التصفية لأن مثل هذا التنازل مباح بوصفه من ضروب التبرعات أو من ضروب المعاوضات على حسب الأحوال .

(ثانيا) عناصر المرونة التى تدخل فى المبدأ :

هذا وقد تسربت بعض عناصر المرونة الى المبدأ السابق . والغريب أن القضاء أباح هذه العناصر الى حد معين بالنسبة الى الغير ، أما فيما بين الزوجين فهو يتشدد تشددا واضحا . ففى علاقة الغير بالزوجين أبيح للغير أن يتبرع لأحد الزوجين على أن يكون التبرع غير داخل فى الأموال المشتركة ، كما أبيح للغير التبرع على أن يكون المال المتبرع به مشتركا بين الزوجين .

وما من شك فى أن ما يصدر من الغير من تصرفات يعدل فى النظام المالى بين الزوجين ، ولكن الاعتبارات العملية هى التى حفزت القضاء على الاقرار بصحة هذه التصرفات اذ لو تقرر المنع لما ارتضى المتبرع أن يهب المال .

أما فيما يتعلق بعناصر المرونة التى تدخل على المبدأ فى صلة المتعاقدين ببعضهما ، فيلاحظ أن التشريع والقضاء ينزلان عند حكم الضرورات العملية . فرغم أن الأصل هو حرية التعاقد بين الزوجين ، الا أن التبايع بينهما ممنوع رعاية لمبدأ عدم جواز تعديل نظام أموال الزوجية بين الزوجين . ولكن فيما عدا البيوع الممنوعة ، تقررت استثناءات تنطوى على أكبر قسط من المرونة .

فمن ناحية أبيحت الهبات بين الزوجين وفقا لأحكام التعديل التشريعى الأخير ؛ وما من شك فى أن هذه الاباحة تفضى الى تعديل النظام . ومن ناحية ثانية أقر القضاء ومن بعده التشريع صحة النيابة بين الزوجين ، بمعنى أنه يجوز لأحد الزوجين أن يقيم الآخر وكيلا عنه صراحة أو ضمنا فيما يسمى بشئون الزوجية أو الشئون المنزلية ؛ فالزوجة مثلا قد تباشر سلطات الزوج على أموال الزوجية عن طريق التوكيل ، وبديهى أن هذه الوكالة تؤثر تأثيرا بليغا فى نظام أموال الزوجية ، اذ يجوز على أساسها للزوجة أن تباشر حق الانتفاع المقرر للزوج على أموال الزوجية .

وأخيرا جعل للزوجة أن تتصرف فى حساب جار يفتح باسمها مع أن فتح الحساب الجارى وتسليط الزوجة عليه قد يؤدى عملا الى تعديل النظام المالى بين الزوجين ؛ ولكن الزوجة تستطيع أن تتصرف فى الحساب دون أن تسأل عن مصدر المال الذى يغذى هذا الحساب .

هذه هى حدود المبدأ من حيث التطبيق ومن حيث ما ينطوى فيه من عناصر المرونة ، ولكن هذا المبدأ يخضع لاستثناءات تتضمن خروجا سافرا على أحكامه .

(ثالثا) الاستثناءات التى ترد على المبدأ :

١ — حالة الانفصال الجسمانى أوالتفريق البدنى : اذا تم التفريق البدنى بين الزوجين اعتبر ذلك بمثابة توقف للحياة الزوجية ولهذا يقرر المشرع أن فصل الأموال يقع بحكم القانون ويتعين تصفية النظام المالى وقت تحقق التفريق البدنى . وهذا الاستثناء يسرى بداهة أثناء قيام الزوجية ولو أنها موقوفة ، كما أنه يؤدى الى الاستعاضة عن النظام السابق ، أيا كان نوعه ، بنظام فصل الأموال . واذا عادت الزوجية سيرتها الأولى بعد التوفيق بين الزوجين يعود اليهما نظامهما المالى السابق كما كان دون تعديل .

٢ — جعل القانون للزوجة أن تطلب فصل الأموال بمقتضى حكم يصدر من القضاء اذا توافرت شروط يتحقق معها ضرر قيام النظام المالى السابق

بين الزوجين . ويلاحظ أن الفصل فى هذه الحالة لا يقع باتفاق الطرفين وانما يقع بحكم من القضاء. واشتراط الحكم فى هذه الحالة يعتبر من قبيل الضمانات .

٣ ـ حالة الطلاق : اذا وقع الطلاق بين الزوجين انتهى النظام المالى السابق ، فان عادا الى الزوجية من جديد بعقد جديد جاز لهما وفقا للتعديل الأخير فى القانون الفرنسى أن يختارا نظاما جديدا للأموال . ولم يكن يباح للزوجين ذلك قبل التعديل الجديد وذلك خشية التحايل على المبدأ نفسه من طريق الطلاق ثم العودة الى الحياة الزوجية بعقد جديد . وقد صح فعلا ما توقعه الفقهاء والقائمون على تطبيق القانون اذ اتضح أن عددا غير يسير من حالات الطلاق تم فى السنوات الأخيرة كوسيلة لتعديل النظام المالى بين الزوجين . ولهذا بدأت الجمعيات التشريعية تتجه الى المناداة بتحريم اختيار نظام أموال جديد فى حالة العودة الى الزواج بعقد جديد بعد طلاق تم بالفعل .

٤ ـ وأخيرا يقع فى الحالات التى يقضى فيها ببطلان الزواج أن تبطل أيضا مشارطة أموال الزوجية ؛ فاذا عاد الطرفان الى الزواج بعقد جديد كان لهما مطلق الحرية فى اختيار نظام مالى جديد . وليس هذا فى الواقع من قبيل الاستثناء لأن البطلان يزيل أثر الزواج والمشارطة فى آن واحد .

المشارطة المالية من حيث الشكل :

يشترط فى مشارطة أموال الزوجية من حيث الشكل توافر أوضاع معينة فهى أولا عقد رسمى ، وهى من ناحية ثانية عقد يجب أن يتم شهره وفقا للأحكام المقررة فى القانون .

(أولا) الرسمية :

يشترط فى مشارطة أموال الزوجية أن تفرغ فى الشكل الرسمى ، والرسمية هنا ركن من أركان العقد فهى ليست مجرد شرط فى الاثبات ، فاذا لم تفرغ المشارطة فى الشكل الرسمى كانت باطلة بطلانا مطلقا . وترجع العلة فى اشتراط الرسمية الى رغبة المشرع فى حماية العاقدين من طريق وجود مرجع يثبت فيه

أصل المشارطة ويرجع اليه فيما لو فقدت صورتها ، كما أنه يرجع كذلك الى الرغبة فى حماية الغير ، هذا فضلا عن أن فى اشتراط الرسمية ما يتيح استعانة العاقدين بالموثق الرسمى وهو خبير بصياغة العقود وضبط معانيها . ومن أجل ذلك جعلت الرسمية ركنا من أركان عقد النظام المالى أو المشارطة المالية .

ومعنى الرسمية فى هذا الصدد هو المعنى المألوف ، أى أن يتلقى العقد موثق رسمى ويقوم باثباته وفقا للاجراءات المقررة فى القانون . الا أن الرسمية فى مشارطة أموال الزوجية تخضع لقاعدة أصلية تستقل بها دون غيرها من العقود ، وهذه هى قاعدة وحدة عقد الزواج أو وحدة مشارطة أموال الزوجية ؛ فلا يجوز أن تتعدد الوثائق المكونة لهذه الوحدة أوأن يتعدد الموثقون الذين يتلقون تلك الوثائق . ذلك أن القانون يقصد الى أن تثبت المشارطة فى وثيقة واحدة حتى تكون مرجعا للطرفين وللغير على حد سواء ، فلوتعددت الوثائق لانتفى مقصد الشارع ولهذا طبق مبدأ الوحدة تطبيقا ماديا دقيقا ويكاد يكون هذا المبدأ امتدادا ماديا لمبدأ عدم جواز تغيير نظام أموال الزوجية .

الا أن هذا المبدأ يرد عليه استثناء وحيد فى الحالة التى تتم فيها مشارطة أموال الزوجية ويراد قبل الزواج ادخال تعديل عليها ، فمن الواضح أن المشارطة قبل الزواج لا تكون نافذة ، وقد تمضى فترة طويلة بين انشائها وبين اتمام الزواج ، وفى هذه الفترة قد يتفق الطرفان على ادخال تعديل على المشارطة ؛ وقد أبيح ذلك بمقتضى ما يسمى بورقة الضد ؛ ولا يقصد بالاصطلاح فى هذا الشأن مفهومة المعروف فى الصورية ، وانما يقصد بورقة الضد كل محرر يتضمن تعديلا أو اضافة الى شروط المشارطة التى تمت من قبل وذلك كله ما دام الزواج لم ينعقد بين الزوجين . أما اذا تم انعقاد الزواج فلا محل لورقة الضد ، اذ أن نظام أموال الزوجية يمتنع تعديله بعد اتمام الزواج ؛ ويظل كذلك طيلة أيام الزوجية .

على أن القانون يشترط لصحة الاتفاق الوارد فى ورقة الضد شروطا معينة كما أنه يشترط شروطا أخرى لسريانه فى حق الغير .

ففيما يتعلق بالصحة يشترط أن تفرغ ورقة الضد فى الشكل الذى يشترط توافره بالنسبة الى المشارطة ذاتها . ومن ناحية أخرى يشترط أن يتم الاتفاق فى ورقة الضد بين جميع الأطراف الذين حضروا مشارطة انشاء النظام ، ويستوى فى هذا الزوجان والوالدان والأقارب والواهبون وكل شخص آخر ممن كان طرفا حقيقيا موقعا على المشارطة . وبديهى أن من أثبت حضوره فى المشارطة ووقع عليها على سبيل التشريف فحسب لا يعتبر طرفا فيها ، ولذلك لا يشترط حضوره بالنسبة الى ورقة الضد .

فاذا تخلف شرط من هذين الشرطين كانت ورقة الضد باطلة وكان البطلان أصليا .

أما فيما يتعلق بسريان ورقة الضد فى حق الغير ، فقد اشترط القانون أن يحرر مضمونها فى ذيل عقد الزواج نفسه حتى يستطيع من يطلع على عقد الزواج العلم بورقة الضد باعتبار أن مضمونها لا يعدو أن يكون اتفاقا معدلا . وهذا الالتزام يقع على عاتق الموثق نفسه فمن واجبه أن يثبت ورقة الضد عند الزواج وأن يجعل من العقد والورقة محررا متصلا يتحقق فيه معنى الوحدة ، فاذا تخلف هذا الشرط كان من حق الغير أن يغفل التعديل ، وكان من حقه أن يعتد بما جاء فى مشارطة أموال الزوجية فحسب .

(ثانيا) الشهر :

لم تكن مشارطة الزوجية تشهر فى بادئ الأمر وذلك بسبب انحصار المعاملات وذيوع مضمونها عملا بين المتوطنين فى قرية أو فى قسم من أقسام المدينة ، ولكن ازدياد السكان وتعقد المعاملات أدى الى تفكير المشرع الفرنسى فى وضع نظام خاص لشهر مشارطات الزوجية بعد أن كان شهر هذه المشارطات قاصرا على التجار وبعد أن كان الشهر بالنسبة الى التجار قاصرا على اللصق .

وقد أخذ فى نظام الشهر برأى أستاذ قانونى وما زال يطبق عملا حتى الآن ؛ فقد ذهب هذا الفقيه الى أن الشهر يتحقق من طريق ادراج بيانات معينة فى سجل الزواج الذى يحرره مأمور الحالة المدنية فى سجلات الحالة المدنية . ولهذا يجرى العمل على أن يحصل الزوجان على شهادة من الموثق بأنهما عقدا

مشارطة أموال الزوجية فى تاريخ معين وحررت لدى محرر معين واتبعت فيها اجراءات معينة . وهذه الشهادة هى التى يدرج مضمونها فى سجل الحالة المدنية عند اثبات الزواج فيه ، ولذلك تكون وسيلة عملية من الطراز الأول .

الا أن نظام الشهر وان تقرر على الوجه المتقدم فلم يشرع له جزاء يتمشى مع طبيعته ، فقد كان من المنطق أن يكون جزاء اغفال الشهر هو خضوع الزوجين للنظام القانونى للأموال ؛ ولكن المشرع الفرنسى لم يتمشى مع هذا المنطق ، وانما وضع جزاء آخر مؤداه أنه اذا لم يحصل الشهر تعتبر الزوجة أهلا للتصرف . واثبات أهلية الزوجة للتصرف قصد به صيانة مصلحة الغير فى حالة واحدة هى حالة البائنة ؛ فالبائنة تعتبر مالا لا يقبل التصرف . واذا لم يتم شهر المشارطة المنشئة للبائنة ترتب على ذلك اعتبار تصرفات الزوجة فى البائنة صحيحة . ولهذا يتحرز المتعاملون مع زوجين لا تكشف السجلات عن وجود نظام اتفاقى لهما ويتطلبون دائما توقيع الزوجين .

على أن الجزاء الذى شرعه القانون لا يطبق الا حيث يكتم الزوجان عن الغير نظامهما المالى ؛ فان جهرا بهذا النظام وأنبأ الغير على حقيقته فلا يطبق الجزاء ولو لم يكن الشهر قد تم ، ومن هذا يتضح أن الشهر شرع لمصلحة الغير .

وأخيرا أبقى المشرع على التزام التجار بشهر مشارطات الزوجية ، ولهذا يلتزم التاجر بالشهر فى دفتر أو سجلات الحالة المدنية والسجل التجارى ، كما يلتزم باتخاذ اجراءات الشهر فى قانون التجارة .

الأهلية :

تخضع أهلية انشاء مشارطات أموال الزوجية لقواعد استثنائية لها ما يبررها فى نطاق العمل . والقاعدة أن من كان أهلا للارتباط بالزواج كان أهلا للارتباط بمشارطة أموال الزوجية . على أن هذه القاعدة وما يرد عليها من استثناءات ما يزال الان بحاجة الى قسط من التفصيل ، وفى هذه المناسبة ينبغى أن نواجه مبدأين أساسين :

أولهما : مبدأ وجوب مباشرة الزوجين بنفسيهما لمشارطة أموال الزوجية . فالأصل فى التصرفات أنه يجوز للعاقد أن يباشرها بنفسه أو بوكيل عنه أو أن يجيزها اذا عقدت لحسابه بطريق الفضالة أو بطريق التعهد عن الغير ، الا أن هذا الأصل لا يجرى على اطلاقه فى شأن مشارطة أموال الزوجية ، فالقانون يحتم مبدئيا أن يتولى كل من الزوجين الاعراب عن ارادته بشخصه هو . ذلك أن المشارطة تعتبر كما قدمنا ميثاقا للأسرة وتعتبر موطنا لنظام مالى قد يدوم أبد الحياة ، ولهذا كان من المنطق أن يتشدد الشارع ويتطلب العاقد بنفسه . الا أنه رؤى من قبيل التيسير اباحة النيابة فى انشاء مشارطات الزواج ولكن بقيدين جوهريين :

١ — أن يتخذ التوكيل الشكل الرسمى وذلك طبقا لقاعدة وجوب افراغ التوكيل فى الشكل الرسمى كلما كان العقد المراد ابرامه عقدا رسميا .

٢ — أن يتضمن التوكيل جميع الشروط التى تشتمل عليها مشارطة أموال الزوجية .

وعلى هذا النحو يتضح أن النائب فى هذه الحالة ليس بنائب بالمعنى الدقيق وانما هو مجرد مفوض (أو رسول) بالتوقيع ؛ اذ أنه لا يملك سلطة تصريف الأمور أو تقدير ما ينبغى أن يقبل أو يرفض من تلك الشروط .

أما مشارطة انشاء الزوجية التى ينشئها الغير ، كالوالدين مثلا ، على سبيل الفضالة أو على سبيل التعهد عن الغير ، فتعتبر باطلة ولا تكون محلا للاجازة بحال من الأحوال ، ولو أن العمل قد جرى فى جنوب فرنسا على ارتباط الأبوين مقدما بما يسمى بعقد الخطبة وهو يتضمن عادة شروطا للنظام المالى بين الزوجين . وكانت محكمة الاستئناف فى جنوب فرنسا تقر صحة هذه العقود وتقر صحة اجازتها ، الا أن محكمة النقض استقرت على أن مثل هذه العقود لا تجوز أن تكون محلا للاجازة بحسبانها عقودا باطلة بطلانا أصليا ، ومن المعلوم أن الاجازة لا ترد الا على عقد لا يشوبه بطلان مطلق .

هذا هو المبدأ الذى يقضى بوجوب مباشرة الزوجين شخصيا لمشارطة إنشاء نظام أموال الزوجية ، فاذا لم يباشر أحد الزوجين انشاء المشارطة بنفسه أو بوكيل فوضه فى ذلك تفويضا خاصا كانت المشارطة باطلة .

بقى أن نبين القواعد الخاصة بتعيين أهلية كل من الزوجين لانشاء المشارطة . والأصل أنه يشترط فى هذه المشارطة توافر أهلية التصرف ؛ ولكن يستثنى من ذلك القاصر الذى يكون أهلا للارتباط بالزواج . فالقانون الفرنسى يبيح للقاصر الذى لم يبلغ الحادية والعشرين أن يتزوج . فاذا كان أحد الزوجين أهلا للزواج رغم أن سنه لا تؤهله للتصرف كان أهلا فى الوقت نفسه لأن ينشئ مشارطة أموال الزوجية ، ولكن يشترط فى هذه الحالة أن يوافق على المشارطة من يشترط رضاؤه بالنسبة لزواج القاصر . والأصل أن القاصر يستطيع أن يتزوج برضاء والديه أو جديه ، وفى حالة عدم وجودهما برضاء مجلس الأسرة ، وعلى هذا النحو يكون القاصر الذى يتعاقد ويرتبط بعقد منظم لأموال الزوجية أهلا لانشاء هذا العقد ما دام قد حصل على رضاء أحد أبويه أو أحد جديه أو رضاء مجلس الأسرة . وكان الفقه القديم يتزمت فى إعمال هذه القاعدة ، فكان يشترط وجوب تدخل الأب أو الجد شخصيا ، ولكن العمل جرى على اجازة تفويض الأب أو الجد شخصا آخر على أن يكون سند التفويض رسميا ومشتملا على جميع شروط مشارطة نظام الزوجية . وبديهى أنه فى الحالة التى يتطلب فيها القانون موافقة مجلس الأسرة لا يتصور أن ينتقل مجلس الأسرة بأسره برياسة قاضى المصالحات الى الموثق . ولهذا جرى العمل على أن تعرض شروط المشارطة على المجلس ، وأن يقر المجلس هذه الشروط ، ثم ينيب عنه من يحضر انشاء المشارطة ليثبت رضاء المجلس .

فكل قاصر يتوافر فيه السن الذى يؤهله للزواج يكون فى الوقت نفسه أهلا للارتباط بمشارطة أموال الزوجية متى حصل على الموافقة على هذه المشارطة ممن تكون موافقته على الزواج ضرورية وفقا لأحكام القانون . ويلاحظ أن المشرع الفرنسى لم يشترط فى هذه الحالة موافقة ولى القاصر أو وصيه الذى ينوب عنه ويقوم مقامه فى التصرفات المالية . وتدخل الأب فى هذه الحالة لا يقع بوصف الأب وليا على المال ، وانما يقع بوصفه وليا على النفس .

ويوجه الفقه هذا الوضع بأن المشارطة تعتبر عقدا تابعا لعقد الزواج ، فلا يجوز أن يوافق عليها الا من يشترط القانون موافقته على عقد الزواج ؛ أما ولى المال أو وصى المال فلا شأن له بهذه المشارطة بالنسبة الى القاصر . ويرتب الفقه والقضاء فى فرنسا على ذلك أن الأب يستطيع أن يوافق على المشارطة ولو كانت مصلحته تخالف مصلحة القاصر استثناء من قاعدة عدم جواز مباشرة الولى للعقد فى حالة تضارب المصالح ؛ وسنده فى ذلك أن الأب لا يوافق على المشارطة بوصفه وليا للمال بل يوافق عليها بوصفه وليا للنفس . هذا هو مركز القاصر .

وقد عرض القضاء لمركز السفيه ومركز المحجور عليه : ففيما يتعلق بالسفيه يعتبر السفيه أهلا للارتباط بالزواج دون حاجة الى مساهمة مساعده القضائى فى ذلك . والغريب أنه لا يوجد نص يتناول أهلية السفيه فيما يتعلق بمشارطة أموال الزوجية ، وقد قضت محاكم الاستئناف فى فرنسا بأن القاعدة التى تقضى بأن من كان أهلا للارتباط بالزواج يعتبر أهلا للارتباط بمشارطة الزواج لا تسرى فى شأن السفيه . الا أن محكمة النقض قضت بالغاء قضاء المحاكم الاستئنافية وأعادت الدعاوى لهذه المحاكم للفصل فيها ، فأصرت محاكم الاستئناف على رأيها ثم عرض الرأى على الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية فقضت باقرار رأى محاكم الاستئناف . وعلى أساس هذا القضاء يشترط فيما يتعلق بالسفيه أن يوافق المساعد القضائى على مشارطة أموال الزوجية والا كانت باطلة ، والبطلان هنا جوهرى . وقد كان سند المحاكم الاستئنافية فى فرنسا أنه لا يجوز أن تقاس حالة السفيه على حالة القاصر ، ذلك أن القاصر يعينه فى عقد الزواج أبوه أو جده أو مجلس الأسرة وفى هذه المعونة يتوافر ضمان يكفل له الحماية . أما السفيه فله أن يتزوج دون معونة أحد ومشارطة أموال الزوجية تصرف مالى له خطر كبير ، ولذلك ينبغى أن يوجد من يعاون السفيه فى ابرام تلك المشارطة . ولهذا السبب اشترط تدخل المساعد القضائى ، فاذا لم يتدخل المساعد القضائى لمعاونة السفيه كان عقده المتعلق بالنظام المالى باطلا وسرى عليه النظام القانونى لأموال الزوجين .

ولهذا أقر الفقه العقود التى يعقدها السفيه دون تدخل المساعد القضائى متى قصد بها اختيار النظام القانونى لأموال الزوجية ، وكذلك أقر صحة هذه العقود اذا كان من شأنها التخفيف من قيود النظام القانونى .

بقى المحجور عليه وهو المصاب بآفة تذهب بالعقل (المجنون) ، ومن المسلم فى فرنسا أن للمجنون أن يعقد فى فترات إفاقته عقد الزواج ، وقد جرى القضاء على اشتراط توافر رضاء قيم المجنون بمشارطة أموال الزوجية على نحو اشتراط رضاء المساعد القضائى بالنسبة للسفيه .

جزاء مخالفة الأحكام الآمرة المتعلقة بانشاء المشارطة أو بتغييرها .

قد تتخذ المخالفة صورة الخروج على قواعد النظام العام أو الآداب أو على قواعد الشكل أو على قواعد الأهلية ، مثل ذلك أن ينص فى المشارطة على نظام معين للتوارث أو ألا يتخذ الشكل الرسمى أو أن تصدر من غير ذى أهلية أو أن تتناول تغيير نظام الأموال بعد اتمام الزواج ، وفى هذه الصور جميعا تعتبر المشارطة باطلة بطلانا مطلقا . وقواعد البطلان هذه تثير اشكالين رغم وضوحها :

فمن ناحية أولى : قد يعقد القاصر مشارطة أموال الزوجية قبل أن يكون قد اكتمل السن الذى يؤهله للزواج ، فى هذه الحالة استقر القضاء على بطلان المشارطة بطلانا جوهريا وعلى عدم جواز اجازتها عند ما تتوافر للقاصر السن الذى يؤهله للزواج . ولم يستثن القضاء من هذا المبدأ الا الحالة التى لا تؤثر فيها أهلية الزواج بسبب مانع مؤقت غير مانع السن كمانع المصاهرة أو قيام عدة المطلقة ، فى هاتين الحالتين أقر القضاء صحة مشارطات الزوجية رغم وجود المانع المؤقت وفيما عدا تلك الحالات اعتبر القضاء أن توافر الأهلية يعتبر ركنا من أركان العقد خلافا للقواعد العامة .

ومن ناحية ثانية : الاشكال الخاص بعيوب الرضا ، فالأصل أن كل تصرف من التصرفات يجوز أن يكون محلا لغلط أو اكراه أو تدليس أو استغلال ، والأصل أن عيب الرضاء يجعل العقد قابلا للابطال ، الا أنه

تعرض بالنسبة للزواج مسائل شائكة ، فالتدليس مثلا لا يعتبر من عيوب الرضاء بالنسبة الى الزواج نفسه فهل يعتبر عيبا بالنسبة الى مشارطة أموال الزوجية ؟ .

يقول الفقه أن مشارطة أموال الزوجية مشارطة مالية ، ولذلك يجوز أن تكون محلا للطعن بعيوب الرضا ولو أن هذه العيوب غير محتملة بسبب تدخل الأسر واتمام العقد فى صورة رسمية .

ورغم أن من الواضح أن مشارطة أموال الزوجية قد يشوبها عيب من عيوب الرضاء ، ورغم أن من الواضح كذلك أنها قد تصدر عن ناقص أهلية فقد مر الفقه الفرنسى فى شأن بطلان هذه المشارطة بمرحلتين :

فى مرحلة أولى طبق الفقه على مشارطة أموال الزوجية المعايير التقليدية فى البطلان ؛ ومؤدى هذه المعايير أنه اذا تخلف ركن من أركان العقد فى حكم القانون أو فى حكم الواقع فالبطلان مطلق ، واذا شاب الرضاء عيب من العيوب أو صدر الرضاء عن ناقص أهلية فالبطلان نسبي . ومن المعلوم أن البطلان النسبي ترد عليه الاجازة وبذلك يستطيع من صدر البطلان لمصلحته أن يجيز العقد القابل للابطال وبذلك يزول الخطر الذى يتهدد العقد . ومن المعلوم كذلك أن حق التمسك بالابطال يزول بانقضاء مدة ثلاث سنوات فى القانون المصرى وعشر سنوات فى القانون الفرنسى ، على أن الفقه فى فرنسا وان كان قد أعمل المعايير العامة فى البطلان الا أنه لم يجعل مدة الاجازة بالنسبة الى القاصر تبدأ من تاريخ بلوغه سن الرشد بل جعل هذه المدة تبدأ من تاريخ انتهاء النظام المالى ، وفى هذه الملاحظة ما يكشف عن تحرج الفقه من طرد القاعدة العامة .

وفى مرحلة ثانية اتجه القضاء اتجاها عنيفا واستقرت أحكام المحاكم على أن البطلان بالنسبة الى مشارطة الزواج لا يكون الا مطلقا يستوى فى هذا أن يكون السبب تخلف ركن من أركان العقد أو أن يكون السبب عيبا فى الرضاء أو نقصا فى الأهلية .

وازاء استقرار القضاء على هذا المذهب بدأ الفقه يعدل عن موقفه وأعتنق رأى القضاء مذهبا جديدا . وقد استند الفقه فى ذلك الى سببين، أحدهما عملى والآخر فقهى :

فمن الناحية العملية استند الفقه الى أن مشارطة أموال الزوجية لا تقبل التغيير ، فلو أبيح لمن يتمسك بالبطلان النسبى أن يبطل المشارطة انفسح بذلك مجال الادعاء بالبطلان ولومن طريق التواطؤ أو التراضى. وبهذا ينفسح المجال للتحلل من مبدأ عدم جواز تغير النظام المالى أثناء قيام الزوجية .

ومن ناحية أخرى لاحظ الفقه أن نظام أموال الزوجية،ولوأنه يتم بطريق التعاقد، الا أنه لايعتبر عقدا بالمعنى المفهوم من العقود وانما هو وضع تنظيمى تتصل به مصالح الغير ، ولا يتسنى تأمين هذه المصالح فيما لو أبيح التمسك بالبطلان خلال سنوات عشر .

وعلى أساس هذين السببين استقر الأمر لمذهب القضاء واضحى هذا المذهب محل اجماع الفقه رغم انتقاء الفقه له من الناحية النظرية البحتة . ويتفرع على هذه النتيجة أن التمسك بالبطلان النسبى فى مشارطة أموال الزوجية لا يكون وقفا على من شرع البطلان لمصلحته ، بل يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ، وكذلك لا يقبل أن يكون العقد القابل للابطال محلا للاجازة ، وأخيرا لا يسقط حق التمسك بالابطال بمرور عشر سنوات .

هذه هى القاعدة الخاصة بالبطلان . والغريب أن هذه القاعدة حملت بعض المفسرين والفقهاء على المطالبة بتعديل نظرية البطلان تعديلا يعتد فيه بنتيجة البطلان لا بسببه ، ولذلك يتجه الأستاذ ريبير الى أنه " اذا اتضح أن المقصود من الجزاء هو حماية مصلحة عامة وجب أن يكون البطلان مطلقا أيا كان مصدره ، واذا اتضح على النقيض أن المقصود حماية مصلحة خاصة وجب أن يكون البطلان نسبيا " .

وأيا كان وجه الرأى فى هذا الاتجاه الجديد،فمن الواضح أنه اذا تحقق بطلان مشارطة أموال الزوجية فان هذا البطلان يستتبع اما بطلان وزوال نظام الأموال الزوجية فى جملته ان كان سبب البطلان راجعا الى بطلان عقد

الزواج نفسه، واما تطبيق نظام أموال الزوجية القانونى على الزوجين اذا كان الزواج لا يزال قائما رغم بطلان المشارطة .

على أنه يلاحظ أن بطلان مشارطة أموال الزوجية لا يعنى بطلان جميع الاتفاقات الواردة فيها ان كان فى الوسع أن تظل هذه الاتفاقات قائمة وتوافرت شروط صحتها ، ويتم ذلك تطبيقا للقواعد المتعلقة باقتصار العقود أو انتقاصها ، أو تطبيقا للقواعد المتعلقة بانقلاب التصرفات أو تحويلها . فمثلا لو فرض أن مشارطة أموال الزوجية تضمنت هبة وتوافرت شروط صحة الهبة فلا يؤدى ابطال المشارطة الى ابطال هذه الهبة . وكما هو الشأن مثلا فيما لو كانت الهبة متعلقة بمنقول وتمت بالقبض فى مناسبة انشاء المشارطة الباطلة . ومثل هذا الحل معقول لأن بطلان المشارطة لا يمنع من أن تتخلف عنها تصرفات صحيحة تتوافر فيها كل شرائط الصحة التى يتطلبها القانون .

والظاهر أن الاجماع منعقد على النتائج التى انتهينا اليها من قبل ، الا أن الفقه يضيف اليها أنه عند ما يكون بطلان المشارطة نسبياً فليس هناك ما يمنع الزوجين من تنفيذ هذه المشارطة برضائهما عند انتهاء الزوجية ، ومثل هذا التنفيذ لا يعتبر اجازة للمشارطة أو تصحيحا لها وانما يعتبر مجرد رضاء ضمنى بأسس جديدة للتسوية أو للتصفية ، ومن المعلوم أن للزوجين مطلق الحرية فى التراضى على أسس التسوية أو التصفية التى يقصد بها انهاء النظام المالى .

المبحث الثانى

فى النظم المختلفة التى يجوز أن تكون محلا للمشارطة

المطلب الأول

فى نظام البائنة أو الدوطة

يقصد بالبائنة كل مال يقدم لمصلحة الزوج ويخصص للانفاق على شئون الزوجية .

والواقع أن كلا من الزوجين يأتى عند بدء الزوجية بمال ، وهذا المال يسمى حصة apport . والحصة اصطلاح يستعمل بالنسبة الى الشركات ،

فكل ما يقدمه الشريك لكى يدخل فى تكوين رأس المال يسمى حصة . بيد أن الفارق بين الشركة ونظام أموال الزوجية هو أن ملكية الحصة تنتقل من الشريك الى الشركة ، أما فى نظام أموال الزوجين فالذى يطرأ على الحصة من تعديل هو أنها تخصص لأغراض النظام المالى للزوجين . وعلى هذا النحو يفضى النظام المالى الى تخصيص حصص الزوجين لغرض معين ، وهذا التخصيص هو الذى تتفاوت النظم فى ظله .

فالدوطة أو البائنة هى مال يتم التبرع به لأى من الزوجين لكى يكون حصة له تخصص لأغراض الزوجية ، وهذه الحصة تكون فى ظل نظام البائنة غير قابلة للحجز وغير قابلة للتصرف وغير قابلة للتقادم والانتقال الى الغير .

وكان العرف قديما فى بعض أجزاء فرنسا يقضى بالزام الوالدين بالتبرع للأولاد عند الزواج تمشيا مع بعض التقاليد التى جرى عليها القانون الرومانى ، ولكن هذا العرف لم يكن عاما ولذلك عدل عنه وتقرر مبدأ حرية الوالدين فى تقديم البائنة أو الأحجام عن تقديمها فى القانون الفرنسى الحديث ، ونص صراحة على أنه لا يجوز للاولاد أن يرجعوا بدعوى من الدعاوى على الوالدين لالزامهما بتقديم البائنة . والشائع الغالب أن البائنة تقدم للبنت أى للزوجة باعتبار أن الزوجة لا تستنفد فى تثقيفها وتربيتها ما يستنفده الذكور وباعتبار أن البائنة لاتعدو ان تكون جزءا معجلا من نصيب البنت فى الميراث . ولهذا عدل فى الوقت الحاضر عن تقديم البائنة للبنات فى الطبقات الوسطى ، اذ تنفق هذه الطبقات فى تربية البنات ما لا يقل عما تنفقه فى تربية البنين ؛ وقد دعا الى ذلك نزول المرأة الى ميدان العمل . وعلى هذا الأساس يرى الوالدان أن تأهيل الأنثى للعمل قد يكون أفضل من ادخار مال لها لأن عملها قد يدر عليها أكثر مما يدر هذا المال .

الا أن بيان التطور التاريخى لمركز البائنة فى المجتمع الفرنسى لا ينفى أن البائنة نظام مقرر فى فرنسا وأن للوالدين حرية التبرع بالبائنة لأولادهم عند الزواج .

وقد انتقد نظام البائنة وقيل أن هذا النظام يجعل الأزواج أكثر اقبالا على الموسرات اللاتى يكون فى وسع آبائهن أو امهاتهن تقديم بائنة تكفل ثروة للزوج ، وبهذا يدخل فى الزواج عنصر اقتصادى أو عنصر من عناصر الترغيب المادى ؛ مثل هذا العصر ينبغى أن يظل بعيدا عن نطاق الزواج حتى يكون اقترانا روحيا بين شخصين تقصد به أغراضه الاجتماعية دون أن يكون مصدرا للكسب .

وأيا كان وجه الرأى فى مثل هذا النقد، فمن المحقق أنه لايخلو من الاسراف. ذلك أن من المشاهد فى الدول التى لم تأخذ بنظام البائنة أن اقبال الذكور على الزواج من العائلات الموفورة اليسار ظاهرة توجد فى جميع الجماعات، وقد يكون فى تنظيم البائنة تنظيم جزئى لهذه الظاهرة حيث ينقطع كثير من الخداع وتستقر الأمور بين الزوجين على أساس معلوم .

على أنه يراعى أنه ليس من الضرورى أن تقدم البائنة من أحد الوالدين أو الأقارب ، بل قد تقدم البائنة من أجنبى عن الزوجين كرجل من رجال الخير أو صديق للأسرة أو غير ذلك . وعلى هذا النحو يتضح أن البائنة قد تقدم من أحد الأبوين وان علا أو من الأبوين مجتمعين كما أنها قد تقدم من أجنبى .

والأمر الجوهرى فى البائنة أيا كان مقدمها أنها تنطوى على معنى التبرع ولكنها لاتعامل معاملة التبرعات من كل وجه، ولهذا يعتبر انشاء البائنة تصرفا من طبيعة خاصة .

طبيعة التصرف الخاص بانشاء البائنة :

من الواضح أن من يقدم البائنة للزوجة على سبيل التبرع انما يعقد تصرفا من التصرفات التى لا يحصل من ورائها على مقابل ، ومن الواضح كذلك أنه لا يوجد التزام يفرض على أى من الوالدين أن يقدم البائنة ، وقد كان فى الوسع أن تؤدى هاتان الحقيقتان الى القطع بأن انشاء البائنة هبة سافرة ينبغى أن تستوفى شرائط الهبة وأن تخضع للأحكام المتعلقة بالهبات من كل وجه. ولكن القضاء الفرنسى استقر على أمرين يختلفان عن الحقيقتين المتقدم ذكرهما بل ويتعارضان معهما .

الأمر الأول: أن القضاء الفرنسى اعتبر أن انشاء البائنة يعتبر وفاء بالتزام طبيعى متى كانت البائنة مقدمة من الوالدين .

الأمر الثانى: أن القضاء الفرنسى اعتبر أن انشاء البائنة ليس من قبيل التبرع البحت وانما هى معاوضة من وجه .

ففيما يتعلق بالأمر الأول قضت محكمة النقض الفرنسية بأن تقديم البائنة من أحد الوالدين لا يعتبر مجرد تبرع بل هو وفاء بالتزام طبيعى ، ذلك أن الوالدين يلتزمان دون جزاء من القانون بتقديم معاونة لأولادهما تهيئ للأولاد حياة زوجية مستقرة . واذا كان هذا الالتزام غير مكفول بجزاء من القانون فهو من قبيل الالتزامات الطبيعية التى تفرضها الروابط العائلية والاعتبارات الاجتماعية . وقد ناصر الفقه محكمة النقض فيما ذهبت اليه ولو أن فريقا منه لا يقر هذا المبدأ ، وسند هذا الفريق أنه لا يفهم أن يكون التبرع مستندا الى التزام طبيعى ولا سيما متى كان القانون نفسه قد أنكر على الأبناء حق الزام الآباء بتقديم البائنة . وظاهر أن المذهب الغالب فى فرنسا يعتد فى تصويره هذا بالتقاليد الاجتماعية . ويترتب على هذه المقدمة نتائج سنعرض لها عند الكلام عن آثار انشاء الدوطة .

أما عن الأمر الثانى فقد أثير خلاف فيما يتعلق بتمحض انشاء الدوطة لفكرة التبرع ، ولكن القضاء والفقه أجمعا على أن الدوطة ليست تبرعا من كل وجه ، اذ أن تقديم التبرع يقابله التزام من الزوج أو الزوجين بالانفاق فى شئون الزوجية والتحمل بأعباء مالية فى سبيلها ، ولهذا لا يكون انشاء الدوطة مجرد هبة بسيطة ، يستوى فى هذه الناحية أن تكون البائنة مقدمة من الأبوين أو من أجنبى عن الأسرة .

وعلى هذا الأساس يجتمع فى البائنة عنصران هامان ، عنصر الالتزام الطبيعى الكائن فى أساس تقديمها وعنصر المعاوضة المتصل بارتباط الزوج بالحياة الزوجية واعبائها . وعلى أساس هذين العنصرين تتفرع نتائج أهمها :

(أولا) أن فوائد البائنة تسرى من وقت الزواج ما لم ينص على غير ذلك.

(ثانيا) أنه لا يجوز الرجوع فى البائنة ممن قدمها على أساس التنكر أو انكار الجميل ، ذلك أن البائنة تعتبر وفاء لالتزام طبيعى بالنسبة للوالدين وتعتبر بوجه عام معاوضة من وجه بالنسبة الى كل من يقدمها .

(ثالثا) استقر القضاء الفرنسى – رغم معارضة شديدة من الفقه – على أن الدعوى البوليصية لا تطبق أحكامها على انشاء البائنة بوصفها تبرعا بل يعتبر هذا الانشاء فى تطبيق أحكام تلك الدعوى معاوضة ، ولذلك يجب لكى ترتب الدعوى أثرها أن يثبت الدائن أن الزوج الذى قدمت البائنة لمصلحته كان متواطئا مع مقدم البائنة المعسر ، فان لم يقم الدليل على ذلك أعتبر انشاء البائنة نافذا فى حقه . وهذه رعاية خاصة استقر عليها القضاء حماية لمصلحة الأسرة رغم أن هذه الحماية تنطوى على اضرار بحقوق الدائنين .

(رابعا) لا يشترط فى انشاء الدوطة شروط الهبة من حيث الشكل وان كانت تخضع بوصفها تبرعا للالتزام الخاص برد التبرعات الى التركة . ومع ذلك فمسألة الشكل ليست لها أهمية عملية بالغة لأن انشاء الدوطة يتم فى المشارطة وهذه تفرغ فى الشكل الرسمى .

هذه هى طبيعة التصرف المنشئ للبائنة ، واذا كانت البائنة تنحسر عن تبرع يصدر لمصلحة الزوج أو الزوجة على حد سواء ، إلا أنها تصرف اصطلاحا الى ما يتم التبرع به للزوجة لكى يكون بائنة لها .

صور البائنة :

يلاحظ أن البائنة قد تتخذ صورا مختلفة ، وقد تكون البائنة عقارا من العقارات وقديما كانت البائنة عقارا على الدوام ؛ وقد تكون البائنة مالا منقولا كالمنقولات المادية أو الاسهم أو الاوراق المالية بوجه عام ؛ وقد تكون البائنة مبلغا من النقود وفى هذه الحالة يكون مقدم البائنة ملزما باداء المبلغ ويكون من المحتم أن يؤديه وتسرى الفوائد – كما تقدم على هذا المبلغ من وقت الزواج ، مالم يتفق فى المشارطة على غير ذلك .

على أن البائنة قد تتخذ صورة أخرى تثير غير يسير من الاشكالات ؛ وهذه هى صورة الايراد المرتب . فقد يلتزم أحد الوالدين أو الوالدان معا بترتيب ايراد لاحد الزوجين وفى هذه الحالة يعتبر الايراد المرتب هو البائنة . ورغم ما يكتنف هذه الطريقة من صعاب فهى طريقة لها مايبررها أو يزكيها من الناحية العملية . فمن الاشخاص من يحصل على دخل كبير دون أن يكون عنده مال يعتبر مصدرا لهذا الدخل ، من ذلك اصحاب المهن الحرة وبعض موظفى الهيئات الدولية ، مثل هؤلاء الاشخاص لا يناسبهم تقديم بائنة فى صورة عقار أو منقول أو مبلغ من المال ، بل يكون أكثر ملاءمة لهم أن يقدموا ايرادا مرتبا لمن يتزوج من اولادهم . ثم انه يلاحظ من ناحية أخرى ان الايراد المرتب قد يكون أنسب بالنسبة للوالدين من اصحاب الاموال فالتزامهما بتقديم الايراد يعفيهما من التصرف فى رأس المال ويسمح لهما فى الوقت نفسه بمعاونة من يتزوج من أولادهما ، وقد يكون الوالدان فى حاجة إلى الابقاء على مالهما لاستعماله أو استغلاله فى صناعة أو تجارة ؛ ولهذا ذاعت فكرة الالتجاء الى الايراد المرتب بوصفه بائنة . الا أن الايراد المرتب يثير مشاكل عديدة اهمها مشكلة انحلال الزواج وموت احد الزوجين . فاذا انحل الزواج فهل يظل الايراد الذى رتب نافذا يجرى على الزوج الذى حصل عليه بوصفه بائنة ؟ استقر العمل فى فرنسا على ان الايراد يظل مرتبا ولو بعد انحلال الزواج ، وسندهم فى ذلك ان الايراد قصد به ان يكون تبرعا يظل مدى حياة من رتب لمصلحته ولم يقصد منه إلى أن يظل مرتبا مابقيت الزوجية قائمه ، وقد تنتحل الزوجية ويظل هذا الايراد جاريا على الزوج الذى رتب له ليستعين به على حياة زوجية أخرى .

أما فى حالة الموت فيفرق فى هذا الشأن بين ما اذا كان من مات هو من رتب الايراد لصالحه وبين ما اذا كان من مات هو من لم يرتب الايراد لمصلحته من الزوجين ، فاذا مات من لم يرتب الايراد لمصلحته ظل الايراد جاريا على الطرف الآخر تمشيا مع المبدأ المتقدم ذكره .

ولكن اذا مات من رتب الايراد لمصلحته فالأصل فى هذه الحالة أن الايراد ينتهى بالموت اذ هو ايراد مرتب لمدى الحياة ، فاذا انتهت حياة من رتب لمصلحته وجب أن ينتهى الايراد . ولكن مثل هذا الحل

لا يتمشى مع الضرورات العملية . فقد يكون هناك اولاد انجبهم الزوجان قبل موت من رتب الايراد لصالحه ، وقد يكون فى وجود الايراد ما ييسر الانفاق على هؤلاء الاولاد ، ولهذا جرى العمل فى فرنسا على ان ينص فى مشارطات اموال الزوجية على شرط يسمى بشرط ارتداد الايراد . ومؤدى هذا الشرط أن الايراد يكون بمثابة رقبى بالنسبة الى من رتبه بمعنى ان الايراد ينقطع اذا مات من رتبه كما ينقطع اذا مات من رتب لمصلحته ، وفى الحالتين يرتد الايراد اما للزوجة واما الى أبنائها . فاذا كان الاب هو من رتب الايراد ومات فى هذه الحالة ينقطع الايراد . ولكن الانقطاع نظرى لان الزوجة تحصل من تركة ابيها على ما يقابل الايراد ، اما اذا ماتت الزوجة قبل ابيها فوتها يعيد الايراد الى الاب ، وفى هذه الحالة يقوم الاب بأداء الايراد للاولاد ، وهذا هو معنى شرط ارتداد البائنة .

هذه هي صور البائنة . بقى أن نبين كيفية اداء البائنة وضمانات الأداء .

كيفية اداء البائنة وضمانات الاداء :

الأصل فى كيفية الأداء أن يؤدى البائنة واحد من الوالدين أو الأصول ، ومتى التزم واحد من أولئك ببائنة وجب أن تخرج البائنة من ماله ووجب أن يؤديها من هذا المال ، واذا التزم الأبوان سويا باداء البائنة على سبيل الاشتراك أو التزاما متضامنين بأدائها وجبت البائنة فى ذمة كل منهما بحق النصف . على أن هناك صورة خاصة هى الصورة التى يلتزم فيها الاب بأداء البائنة عند ما يكون نظام الأموال الزوجية بالنسبة لهذا الأب هو نظام الاشتراك ؛ فى هذه الحالة تخرج البائنة من المال المشترك وتؤدى منه ويبقى هذا الالتزام نافذا ولو انحل الاشتراك .

أما ضمانات اداء البائنة فهى تنحصر فى أن مقدم البائنة يكون ضامنا لاستحقاقها على نحو ضمان البائع لأستحقاق الشىء المبيع ، وهذه نتيجة تتعارض مع اعتبار البائنة تبرعا وتتفق مع اعتبارها معارضة من وجه . فالواقع أن الأصل فى الواهب أنه لا يلتزم بأى ضمان قبل الموهوب له ؛

ولكن أريد حماية مصلحة الأسرة وضمان تنفيذ الألتزام بالبائنة ؛ ولهذا فرض على مقدم البائنة أن يلتزم بضمان الأستحقاق وضمان التعرض أيضا ، وفى ناحية هذا الألتزام يتضح حرص الفرنسيين على حماية البائنة أو بعبارة أدق حماية الحياة الزوجية ، وفى الواقع أن الزام المتبرع بالضمان فى التصرفات المنشئة للبائنة يعتبر استثناءا من الأصل العام الذى يقضى باعفاء المتبرع من كل ضمان ، ولكن اعتماد الزوجين على البائنة فى حياتهما وانعقاد الزواج مع الاعتماد على هذه البائنة هما العنصران اللذان يبرران الأستثناء .

هذا هو تعريف البائنة ، ونظام أموال الزوجية الذى يسمى بنظام البائنة لا يطبق دائما حيث توجد بائنة ولكنه يطبق بشروط خاصة . ذلك أن هذا النظام يمتاز من ناحيتين :

فمن ناحية أولى يتيح نظام اموال البائنة التفريق بين نوعين من الأموال من جهة الزوجة : اموال البائنة Biens Dotaux ويسميها بعض الفقهاء فى مصر الأموال المهرية ، وهذه الأموال تتكون من كل بائنة قدمت للزوجة وكل مال قدمته هى وقصدت أن يكون بائنة ؛ وأموال البائنة هذه يسرى عليها نظام خاص . ومن جهة اخرى قد يكون للزوجة فيما عدا أموال البائنة ما يسمى بالأموال الخالصة Biens Parapheranux ويسميها بعض الفقهاء فى مصر بالأموال غير المهرية أى غير الداخلة فى البائنة ، وهذا النوع الثانى يكون مملوكا للزوجة تملك هى وحدها حق التصرف فيه وحق ادارته وحق الأنتفاع به .

ومن ناحية ثانية يكون لأموال البائنة نظام خاص ، فهى غير قابلة للتصرف فى المحل الأول كقاعدة عامة ولا يرد على عدم قابليتها بالتصرف الا استثناءات جاءت على سبيل الحصر . ثم أن للزوج أن يدير مال البائنة وأن ينتفع منه .

هاتان هما الناحيتان اللتان تميزان نظام أموال البائنة . وقد أدخل هذا النظام فى القانون الفرنسى رغم معارضة شديدة . ذلك أن له مزايا وعيوبا يصح أن تكون محلا للنظر .

مزايا نظام البائنة وعيوبه :

أهم مزايا هذا النظام أنه يكفل من طريق حبس أموال البائنة بقاء قيمة مالية فى نطاق من الحفظ. وهذا البقاء يسمح بالانفاق على الشئون الزوجية رغم ما قد يطرأ على مركز كل من الزوجين من تغيير من جراء الاستدانة أو النزق فى الانفاق. فالبائنه تحقق فى هذه الحدود بالنسبة الى الزوجية ما كان يحققه نظام الوقف الأهلى بالنسبة الى المستحقين فيه .

ولكن يعاب على نظام أموال الدوطه أنه أولا يحد من حرية التصرف على نحو قد يفوت مصالح الزوجين ، فقد يكون التصرف فى المال فى وقت من الأوقات محققا لمصلحة مالكه وما من شك فى أن المنع من التصرف يفوت هذه المصلحة . بل وأبلغ من ذلك أن وجود نظام البائنة يرتب للزوجة حق رهن عام على عقارات الزوج وهذا الحق يظل باقيا ما بقيت البائنة . وعلى هذا النحو يؤدى هذا النظام الى اقامة صعوبات جديدة فى سبيل التصرف فى أموال الزوج .

ولهذا اتجه خصوم نظام أموال البائنة الى اعتبار هذا النظام صورة أخرى من صور حبس الأموال واخراجها من التعامل على نحو يضر بالاقتصاد القومى .

ورغم ذلك فقد بقى نظام أموال البائنة حتى اليوم فى القانون الفرنسى . الا أن المشرع قد شعر بحاجة ملحة الى ادخال عنصر من عناصر المرونة فيه ، ولذلك صدر تشريع سنة ١٩٤٢ محققا لهذا الغرض .

تلك مميزات نظام أموال البائنة ، وهذه منزلته من ناحية المزايا والعيوب . ولكن يلاحظ أن هذا النظام لايطبق الا اذا نص على تطبيقه فى مشارطة أموال الزوجية أو ظهر من نصوص المشارطة بوضوح أن نية الزوجين انصرفت الى ذلك ؛ فليس يكفى اذن أن توجد بائنة مقدمة من الغير أو من أسرة الزوجة أو من أسرة الزوج أو من الزوجة نفسها ، بل ينبغى أن تقرر المشارطة اختيار الزوجين لنظام أموال البائنة . اذ الواقع أن هذا النظام يؤثر تأثيرا بليغاً فى مصالح الغير ؛ فهو من ناحية يجعل أموال البائنة غير قابلة

للتصرف، وهو من ناحية أخرى يرتب للزوجة حقوقاً على أموال الزوج . ولهذا ينبغى أن يكون الغير على بينة من أن الزوجين قد اختارا النظام المتقدم ذكره .

ويلاحظ أن مبدأ عدم جواز تغيير النظام المالى يمنع دائما من أن ينشأ نظام أموال البائنة بعد الزواج أو من أن يعدل هذا النظام إن كان قد نشأ .

ونظام أموال البائنة ينشىء مركزا خاصا لأموالها ، فما الذى يعتبر إذن من أموال البائنة ؟ يدخل فى أموال البائنة طائفتان من الأموال سيأتى ذكرهما فيما بعد ، أما ماعدا ذلك فيعتبر من الأموال الخالصة . والأصل فى أموال الزوجة أن تكون خالصة والاستثناء هو دخولها فى البائنة ، وعلة هذا الأصل أن أموال البائنة تقيد من حقوق الزوجين ، والأصل بالنسبة الى الحقوق هو الحرية . ويترتب على هذه القاعدة أن على من يدعى أن مالا من الأموال يدخل فى البائنة أن يثبت ذلك فعبء الاثبات يقع على المدعى فى هذه الحالة، لأنه يتمسك بما يخالف القرينة المستخلصة من أن الأصل فى مال الزوجة أن يكون خالصاً .

ويدخل فى البائنة — كما تقدم — طائفتان من الأموال :

(الأولى) الأموال التى تقدمها الزوجة وتقرر صراحة أنها داخلة فى البائنة . وقد تقدم الزوجة مالا معيناً بذاته ، وقد تقرر الزوجة أنها تدخل فى البائنة جميع الأموال التى كانت تملكها قبل الزواج ، وفى هذه الحالة تدخل هذه الأموال فى البائنة وتخضع لنظامها ، وقد تقر الزوجة أنها تدخل فى البائنة جميع الأموال التى ملكتها فى الماضى والتى تملكها فى المستقبل، وفى هذه الحالة يدخل كل مال من أموالها الماضية أو المستقبلة فى البائنة .

إلا أنه يستثنى من هذه القاعدة ما يأتى :

١ — بالنسبة إلى الأموال التى تملكها الزوجة قبل الزواج، إذا قررت الزوجة أن جميع الأموال التى كانت تملكها قبل الزواج تدخل فى البائنة ، فمثل هذا التقرير يقتضى عقلا أن ما ثبت لها ملك فيه قبل الزواج يعتبر من أموال البائنة ، أما ما يجد فيه سند ملكيتها بعد الزواج فلا يدخل

فيه أموال البائنة ، وكذلك الشأن فيما لو كانت الزوجة قد باعت بيع وفاء قبل الزواج ثم تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن فعادت إليها الملكية بعد الزواج . ففي هاتين الحالتين يدخل المال فى أموال البائنة ولو أن سند الملك فيه قد جد بعد الزواج .

٢ — ويلاحظ بالنسبة إلى الأموال التى تدخل فى نطاق البائنة، سواء كانت من قبيل ما هو معين بالذات أم من قبيل الأموال الماضية أو السابقة على الزواج فى حملتها، أنه قد يقع أن يباع مال من هذه الأموال أو أن يشترى به مال جديد أو أن يشترى بثمن ما بيع مال جديد ، وفى هذه الصور يدخل المال الجديد فى البائنة باعتبار أنه يحل حلولا عينياً محل مال من أموال البائنة فلا ينظر فى هذه الناحية إلى حداثة سبب الملك وإنما ينظر إلى أن واقعة من وقائع الإستبدال قد تمت إذا استبدل بالمال القديم مال جديد من طريق ما يسمى بحق الإستعمال — أو بعبارة أدق حسن الاستبدال .

ومن أجل ذلك يشترط فى الاستبدال أن يتحقق الشهر بالنسبة إلى المال الجديد على نحو ييسر للكافة العلم بدخوله فى أموال البائنة وحلوله محل مال سبق أن دخل فيها .

(الثانية) أما الطائفة الثانية من الأموال التى تدخل فى البائنة فهى كل بائنة تقدم للزوجة من أحد أبويها أو أحد الأقارب أو من الغير ، ومثل هذا المال يدخل فى أموال البائنة دون حاجة إلى نص يقرر ذلك فى مشارطة أموال الزوجية مادام الزوجان قد اختارا فى هذه المشارطة نظام أموال البائنة .

ويلاحظ أنه من الممتنع إنشاء نظام أموال بائنة بعد الزواج ، كما أنه من الممتنع إضافة مال إلى أموال البائنة أو الانتقاص من أموال البائنة طيلة مدة قيام الزوجية كقاعدة عامة . والاصل فى هذه القاعدة العامة هو عدم جواز تغيير نظم الأموال الزوجية أثناء قيامها . الا أن هذا الاصل قد يقبل الاستثناء فى حدود خاصة .

فيلاحظ من ناحية أنه يجوز للواهب أن يهب مع النص على عدم جواز دخول هذا المال فى أموال البائنة حين تكون هذه الأموال شاملة لأموال

الزوجة الحاضرة والمستقبلة على حد سواء . ومن الواضح أن الواهب فى هذه الحالة ينتقص بشرطه هذا من أموال البائنة، اذ يخرج منها مالاكسبته الزوجة بسبب حادث بعد الزواج . ولكن من المقرر فى هذه الحالة أن شرط الواهب ينبغى العمل به لاعتبارات عملية ، اذ أن الواهب قد لا يرتضى الهبة فيما لو تحقق من دخولها فى أموال البائنة . وغنى عن البيان أنه لو فرض أن الواهب وهب مالا بشرط ادخال هذا المال فى أموال البائنة حيث يقصر عقد الزواج هذه الأموال على ما كان مملوكها للزوجة من قبل، فى هذه الحالة لايعمل بشرط الواهب وتكون الهبة داخلة فى نطاق الأموال الخالصة . وعلة ذلك أن المشرع أراد أن يكفل حماية الغير ، والغير لايطالبه الا بالاطلاع على عقد الزواج أى على مشارطة أموال الزوجية ليقف على مدى ما يدخل فى البائنة من مال ، ولا يجوز للغير أن يعدل بهبته من مدى ما يدخل من الأموال فى البائنة .

على أن لمبالغ النقود التى تعطى كبائنة وضعاً خاصاً ؛ فهذه المبالغ تعتبر قابلة للاستعمال . ويقرر التشريع الفرنسى أن هذه المبالغ إن كانت من أموال البائنة فهى بذاتها تعتبر جزءاً من تلك الاموال ، ولكن اذا تغير وضع النقود بأن اشترى بها عقار أو منقول فى هذه الحالة لايحل العقار أو المنقول محل المبلغ الذى انفق لشرائه الا إذا وجد شرط خاص يقضى بذلك فى مشارطة أموال الزوجية . فبالنسبة الى النقود لايتم الحلول العينى الذى أشرنا اليه آنفاً إلا بمقتضى شرط خاص فى المشارطة ولا يغنى عن هذا الشرط الخاص أن يتفق الزوجان على ذلك أو أن تقرر الزوجة ذلك . فإن وجد شرط فى المشارطة كان ما يشترى بالنقود داخلا فى أموال البائنة ، وإن لم بوجد مثل هذا الشرط اعتبر المال الذى اشترى مالا خالصا للزوجة أو ملكا خاصا للزوج على تفصيل لا محل للخوض فيه .

هذه هى القواعد الاساسية الخاصة بتقسيم الأموال فى حالة اختيار الزوجين لنظام أموال البائنة . وسنتناول أولا مركز أموال البائنة ثم نتناول بعد ذلك مركز الأموال الخاصة .

(أولا) مركز أموال البائنة :

هذه الاموال تتمتع بمركز خاص وتتميز كما قدمنا كقاعدة عامة بأنها غير قابلة للتصرف ، ولهذا ينبغى أن نتناول سلطة الزوج على أموال البائنة فى حدود الادارة والانتفاع ، ثم ننتقل بعد ذلك إلى سلطته بالنسبة الى الحظر الخاص بعدم التصرف .

١ — ادارة أموال البائنة والانتفاع بها :

للزوج على أموال البائنة حق عام فى الادارة والانتفاع ؛ فهو يدير هذه الاموال وهو الذى ينتفع منها بمقتضى حق انتفاع يقرره القانون . على أن الادارة تتسع بالنسبة إلى المثليات التى تدخل فى أموال البائنة ، فتجيز للزوج حق التصرف فيها ، فللزوج أن يتصرف فى المثليات ، وفى المنقولات اطلاقاً متى كانت هذه المنقولات قد جردت ؛ ذلك أن جرد المنقولات يحدد قيمتها ويصبح الزوج مدينا بهذه القيمة . والحكمة فى هذه القاعدة أن المثليات والمنقولات تحتاج بطبيعتها إلى التصرف ولهذا اتيح للزوج أن يتصرف فيها ، ولا خوف من ذلك لأن للزوجة حق رهن عام على أموال الزوج . والعادة أن المثليات التى تسلم بوصفها من أموال البائنة تكون معينة من حيث القدر والنوع ، أما المنقولات فمنها ما يكون معيناً فى المشارطة ، ومنها ما يعين بمقتضى جرد خاص ؛ ويجرى هذا الجرد بالنسبة الى الأمتعة المنزلية كالاثاث والمفروشات والأوانى وغير ذلك .

وسنعرض أولا لحق الزوج فى الادارة ثم ننتقل بعد ذلك إلى دراسة حقه فى الانتفاع .

١ — حق الزوج فى الادارة : للزوج أن يدير موال البائنة متمتعا بأوسع سلطة فى الادارة ، فله أن يرفع الدعاوى على المدينين وله ان يقوم بتحصيل الديون وان يرفع جميع الدعاوى المتعلقة بأموال البائنة ، وله أن يقوم باجراء اعمال الحفظ والصيانة . فسلطة الزوج فيما يتعلق بالادارة سلطة واسعة تشمل كل ما يندرج تحت هذا الاصطلاح من الأعمال كالتأجير والاستغلال المباشر والحفظ والصيانة والتجديد وغير ذلك .

الا ان سلطة الادارة كما قدمنا تتناول التصرف فى المنقولات . ولم يكن هناك نص صريح فى شأن سلطة الزوج فى التصرف فى المنقولات ، ولكن القضاء جرى على اقرار حق الزوج فى ذلك ، فأبيح له ان يتصرف فى جميع المنقولات. وحكمة ذلك أن هذا التصرف فى مصلحة الزوجين لان بقاء المنقول محبوسا قد يكون ضارا بهذه المصلحة . وقد أقر تشريع سنة ١٩٤٢ سلطة التصرف هذه وجعل للزوج أن يتصرف فى المنقولات كلما اقتضت الضرورة ذلك ، ولا يقصد بهذا القيد الاخير الا مجرد التوجيه ، بمعنى أن صحة التصرف لا تتوقف على وجود هذه الضرورة ؛ وهذه ناحية من النواحى التى يتضح فيها أثر تشريع سنة ١٩٤٢ فى تعديل نظام أموال البائنة واسعافه بما كان يعوزه من عناصر مرونه . ولهذا ابيح للزوج أن يبيع الأسهم والسندات وأن يقبل حوالة الديون بمقابل وان يبيع المنقولات المادية التى تبلى أو يحسن الاستعاضة عنها . واذا كانت سلطة الزوج فى التصرف فى المنقولات تفتح بابا يخشى منه على مستقبل أموال البائنه ، فقد تكفل العمل بمواجهة هذا الاحتمال . ولذلك استقر القضاء على جواز تعديل سلطات الزوج فى الادارة بوجه عام وما يستتبعها من تصرف فى المنقول من طريق ما يسمى بشرط الاستبدال ، ومؤدى هذا الشرط أن على الزوج كلما تصرف فى منقول من المنقولات أن يستبدل بثمنه منقولا آخر حتى تظل أموال البائنة باقية دون انتقاص . والغريب أنه جعل لمثل هذا الشرط قوة ملزمة بالنسبة الى الغير الذى يتعامل معه الزوج ، فهذا الغير يلزم بأن يحقق شرط الاستبدال ، فاذا كان الغير مدينا مثلا واقتضى الزوج الدين منه ، وجب على المدين أن يشترط للوفاء قيام الزوج بالاستبدال والا كان الوفاء غير صحيح وكان للمدين تبعا لذلك أن يمتنع عنه . فمثلا لو فرض أن الدوطه كانت تشتمل على سندات مودعة فى بنك من البنوك وطلب الزوج هذه السندات لبيعها ففى هذه الحالة يلزم البنك بأن يطالب الزوج باجراء الاستبدال .

ويقصد بالغير الذى يطالب بالاشتراك فى تنفيذ شرط الاستبدال كل مدين بمال من أموال البائنة أو كل مدين بالبائنة نفسها وكل وديع توجد فى يده أموال البائنة كالمصارف وسماسرة الاوراق المالية أحيانا والموثقين فى بعض الاحيان . وكثيرا ما يعمد الغير الى اشتراط انتهاء مهمته بتقديم فاتورة معينة أو بتقديم بيانات معينة .

على أن الامر لا يقف فيما يتعلق بتعديل سلطات الزوج فى الادارة عند هذا الحد، فقد يتناول التعديل اتفاق الزوجين على أن يكون للزوجة حق الادارة دون الزوج . وقد ذهب الفقه الى ابطال مثل هذا الاتفاق ، ولكن القضاء جرى على النقيض من ذلك على صحة الشرط ولا سيما اذا قصد به تسليط الزوجة على الادارة بالنسبة الى جزء من المال يكفى بيعه لمواجهة اعباء الحياة الزوجية ونفقات الزوجة بالذات.

وكذلك اجيز أن يتم التعديل بطريق غير مباشر من طريق انابة الزوج للزوجة فى الادارة بمقتضى توكيل خاص ومن طريق الترخيص القضائي للزوجة بالنيابة عن الزوج اذا ما طرأ ما ينتقص من أهليته .

هذه هى حدود سلطة الزوج فى الادارة ومدى ما يرد على هذه السلطة من تعديل . ومن الواضح أن هذه السلطة لا تتناول الا أعمال الادارة البحتة فيما خلا ما يتصل بالمنقولات ، ولهذا لا تبيح سلطة الادارة للزوج حق التصرف فى العقار أو حق اجراء القسمة العقارية أو حق قبول التركة أو رفضها فى حدود ايلولة مال بائنة منها . أما كيف نعيد المعيار الذى يجرى عليه الزوج فى الادارة فالرأى مستقر على أن من واجب الزوج أن يتوخى فى هذه الادارة بذل ما يبذله الرجل المتوسط الحرص من العناية وإلا كان مسئولا.

٢ — حق انتفاع الزوج : للزوج أن يحصل على ريع أموال البائنة وعلى ثمرات هذه الأموال وهو فى هذا يتمتع بنوع من أنواع حق الانتفاع . ولم يصرح القانون الفرنسى بذلك إلا أن القاعدة تستخلص من نصه على إلزام الزوج بمثل ما ينتفع به صاحب حق الانتفاع . وتطبيقاً لهذه القاعدة يكون للزوج أن يحصل على إيجار المبانى وفوائد السندات وفوائد القروض وأرباح الأسهم وثمار الأراضى الزراعية وغير ذلك مما يندرج تحت اصطلاح الربح أو الإيراد أو الثمرات .

وحكمة تمكين الزوج من الإنتفاع على هذا الوجه أن ريع أموال البائنة وثمارها يعتبران من قبيل مساهمة الزوجة فى نفقات الحياة الزوجية ،

فهذا الريع وتلك الثمار يمثلان نصيب الزوجة فى النفقات المتقدم ذكرها ولا سيما أن الحال ناطق بأن الزوجة تمتلك مالا وأن هذا المال يغل دخلا .

وهذه الحكمة بذاتها هى التى يتفرع عليها مبدآن من أهم المبادئ التى تسرى على الزوج فيما يتعلق بحق انتفاعه هذا :

أول هذين المبدأين أن إيراد أموال البائنة سواء أكان من قبيل الفوائد أو الريع أو الثمرات يعتبر غير قابل للحجز ومعنى هذا أن ذلك الإيراد لايجوز الحجز عليه من دائنى الزوج أو دائنى الزوجة ما بقى متصلا بأصله ، ومعنى هذا أن الثمرات التى لم تفصل والريع الذى لم يقبضه الزوج لايجوز حجزه مباشرة أو بطريق حجز ما للمدين لدى الغير ، أما متى تم انفصال الثمرات ودخلت فى حيازة الزوج ، ومتى تم قبض الريع ودخل فى ذمة الزوج ، فنى هاتين الحالتين تصبح الثمار كما يصبح الريع جزءاً من أموال الزوج ، وهذه الأموال لا تتمتع بحصانة تعصمها من الحجز ، ولذلك يجوز للدائنين حجزها دون تفريق بين ما حصل عليه الزوج من إيراد البائنة وما حصل عليه من طريق آخر .

على أنه روعى أن القضاء الذى استخلص مبدأ عدم جواز الحجز من طريق الاجتهاد يجنح إلى توفير تلك الحصانة للحد اللازم للانفاق على الحياة الزوجية . فإن كان إيراد البائنة يفيض عن تلك الحاجة جاز الحجز على القدر الفائض . بل ان القضاء أجاز حتى فى حدود القدر اللازم للانفاق على الحياة الزوجية توقيع الحجز من الدائنين الذين تكون ديونهم قد ترتبت فى مقابل نفقات حقيقية أنفقت على شئون الزوجية كديون موردى المأكولات أو الملبوسات وما إلى ذلك .

ثانى هذين المبدأين هو ما استخلصه القضاء بشأن عدم جواز التنازل عن ريع أموال البائنة وثمارها بطريق الحوالة ، فلا يجوز للزوج أن يتنازل عن ذلك الريع وهذه الثمرات لمصلحه الغير والا فاتت الحكمة من تخصيص مال البائنة للانفاق على الحياة الزوجية ، ولهذا لا يجوز للزوج أن يرهن عقارات البائنة أو أن ينزل بطريق الحوالة عن ريعها .

٢ - قاعدة عدم جواز التصرف فى البائنة :

أهم ما يشخص مال البائنة أن هذا المال غير قابل للتصرف أو ما هو بعبارة أخرى مال محبوس ، وهذه الميزة ترجع إلى عهد الرومان ، وقد استقرت فى تقاليد القانون الفرنسى القديم وانتقلت إلى التشريع الحديث ، وكانت نصوص القانون الفرنسى فى شأنها مقتضبة كل الاقتضاب . وقد ترتب على هذا تردد القضاء فى حلوله واضطراب هذه الحلول أحياناً. ولكن المشرع الفرنسى تدارك الأمر فى سنة ١٩٤٢ وأدخل فى صدد فكرة الحبس إصلاحات جسيمة .

ينبغى بالنسبة إلى تطبيق تلك الفكرة التفريق بين المنقول والعقار ، فالواقع أن العقار هو الذى كان يتجه اليه الحرص قديما ولهذا ظفر العقار بعناية خاصة ، أما المنقول فلم ينل من عناية المشرع القسط الذى يستحق الا فى فترة متأخرة :

١ - العقارات : تعتبر عقارات البائنة غير قابلة للتصرف بحكم تخصيصها لاقامة الحياة الزوجية وضمان الانفاق عليها. وهذا التخصيص هو الذى يتحكم فى تكييف مبدأ عدم جواز التصرف . فالاصل أن عقارات البائنة لايجوز أن يتم فيها التصرف من طريق البيع أو الرهن أو الهبة أو التأجير لفترة تجاوز تسع سنوات ؛ اذ لو قيل بغير ذلك لأمكن ازالة التخصيص الذى يميز هذه الأموال ويبرر حبسها ، فبالنسبة للعقار اذن يمنع فى العمل الأول كل تصرف من التصرفات ثم ان منع التصرف يستلزم من ناحية اخرى تقرير قاعدة مكملة هى قاعدة عدم جواز الحجز .

واخيرا يقتضى التقريب بين القاعدتين السابقتين عدم جواز التقادم . ففيما يتعلق بالقاعدة الأولى وهى قاعدة عدم جواز اجراء أى تصرف من التصرفات الناقلة للملك أو المرتبة لحق عينى، يلاحظ أن البيع ممنوع اطلاقا وكذلك الرهن ، يستوى فى هذا المنع الزوج أو الزوجة أو الزوجان معا. وكذلك يسرى الحكم نفسه فى شأن الهبات ، لان الهبة تصرف يزيل الملك . الا أنه يستثنى من ذلك الهبة لتزويج الأولاد ، وكذلك الهبة التى تنفذ بعد موت

الزوجة إذ بالموت ينفصم رباط الزوجية وتزول العلة التي أنشىء التخصيص من أجلها . ولهذا أجيز للزوجة أن توصى بمال البائنة إذ الوصية تصرف يضا ف إلى مابعد الموت .

الا أنه يلاحظ أن مبدأ عدم جواز صدور تصرفات ناقلة للملك أو ترتيب حقوق عينية فى أموال البائنة لا يحول دون ترتيب حقوق عينية بحكم القانون ومن ذلك بوجه خاص حقوق الامتياز القانونية وحقوق الارتفاق القانونية .

ففيما يتعلق بحقوق الامتياز لو فرض أن مال البائنة خصص لشراء عقار وكان هذا المال جزءا من الثمن فحق امتياز البائع فى هذه الحالة يتناول العقار بأسره دون أن يخرج منه الجزء المقابل للبائنة . وكذلك الشأن فى حق امتياز المهندس وحق امتياز المتقاسم فيما لو كان مال البائنة قد عهد به إلى مهندس لاصلاحه أو كان هذا المال حصة شائعة فى مال تمت قسمته . فنى هذه الصور جميعا يترتب للغير حق عينى هو حق الامتياز رعاية لمصلحة هذا الغير وتمشيا مع أحكام القانون .

وفيما يتعلق بالارتفاقات القانونية يجوز للجار الذى يملك مالا محصورا من جميع الجهات أن يحصل على حق ارتفاق بالمرور على عقار من عقارات البائنة متى توافرت الشروط التى يقررها القانون لاجابة مثل هذا الطلب .

هذا هو المقصود بمبدأ عدم جواز التصرف ، وقد تقررت جزاءات تكفل صيانة هذا المبدأ هذه الجزاءات ترد إلى بطلان كل تصرف يصدر على خلاف الحظر المقرر . ومن الجوهرى أن نتبين طبيعة هذا البطلان وأن نعين من يجوز له التمسك به وأن نعرض لآثار هذا البطلان ولكيفية انقضاء دعوى البطلان فى هذه الحالة .

والبطلان يترتب سواء وقع التصرف من الزوج أو من الزوجين معا أو من الزوجة بموافقة الزوج. فاذا وقع التصرف من الزوج كأن باع الزوج عقار البائنة، فهذا البيع هو بيع لملك الغير تسرى فى شأنه القواعد المقررة فى شأن بطلان البيع الصادر من غير مالك . ولذلك يعتبر هذا البيع غير نافذ فى حق الزوجة ، ولهذا تستطيع الزوجة أن تسترد العقار المبيع برفع دعوى استحقاق باعتبارها صاحبة الملك فيه .

وإذا صدر التصرف من الزوجة والزوج فني هذه الحاله يكون التصرف باطلا والبطلان هنا نسبي أيضا فى القانون الفرنسى وكذلك الحكم فيما لو صدر البيع من الزوجه وحدها .

هذه هى طبيعة البطلان فى تلك الصور . أما حق التمسك بالبطلان فهو مقرر للزوج أو للزوجة أو ورثة الزوجة أو فريق من دائنى الزوجة .

فللزوج أن يتمسك بالبطلان لا بوصفه بائعا بل بوصفه مديرا لأموال الدوطة وبوصفه صاحب مصلحة فى الابقاء على هذه الأموال ، وللزوجة أن تتمسك بالبطلان باعتبار أن حماية أموال الدوطه شرعت لمصلحتها . كذلك الحكم بالنسبة لورثة الزوجة .

أما الدائنون فقد أثير فى شأنهم خلاف دقيق ، فمن المفهوم أولا أن الدائنين فى صدد البطلان هم دائنوا الزوجة السابقين على الزواج أو فريق آخر من دائنيها اللاحقين للزواج ، وسيأتى تعيين هذا الفريق فيما بعد . والمهم أن الفقه كان يميل الى انكار حق التمسك بالبطلان على الدائنين بدعوى انتفاء مصلحتهم ، اذ من الواضح أن البطلان يؤدى الى رد العين الى البائنة والبائنة لا يجوز الحجز عليها ، فأى مصلحه للدائنين اذن فى أن يتمسكوا بالبطلان ؟ الا أن محكمة النقض الفرنسية أقرت حق الدائنين فى التمسك بالبطلان مستندة الى أن لهم مصلحة آجلة فى هذه الأموال .

ومتى تم التمسك بالبطلان وأجاب القضاء طلب صاحب المصلحة فى التمسك به زالت آثار العقد الباطل زوالا يستند الى الماضى ووجب رد العاقدين الى الحالة التى كانا عليها من قبل ، ولكن هذا الرد يحتاج الى شيء من التفصيل ، فلو كانت الزوجة هى البائعة فالاصل أنها لا تلزم برد الثمن الا فى حدود ما عاد عليها من منفعة ولا يجوز للدائن أن يلزمها على أساس الضمان بأى التزام آخر . الا أن الزوجة قد تنص فى العقد على أنه اذا اتضح أن العقار المبيع داخل فى أموال البائنة أو اذا وقع البطلان تلتزم الزوجة بالضمان فى أموالها الخاصة ، فنى هذه الحالة يجوز الرجوع عليها بتعويض كامل فى أموالها الخاصة .

أما الزوج فيرجع عليه المشترى بالثمن كله و يرجع عليه أيضا بالتعويض فى أمواله لأن الزوج قد التزم بضمان الاستحقاق ولا يجتمع استحقاق مع ضمان. على أن دعوى البطلان تنقضى بالتقادم أو بالاجازة ، الا أن الاجازة التى تصدر ويكون من شأنها ازالة حق طلب الابطال لا تتحقق الا اذا انحلت الزوجية ، ولا يقاس على انحلال رباط الزوجية مجرد الفصل بين أموال الزوجين.

ولما كان التقادم القصير الخاص بزوال حق طلب الابطال وهو فى فرنسا ١٠ سنوات قد بنى على قرينة الاجازة الضمنيه فهذا التقادم لا يسرى الا ابتداء من انحلال رباط الزوجين .

ويتضح من ذلك أن من النادر أن يقبل أى شخص على شراء عقار من عقارات الدوطه عن بينة منه ، وان من يعمد الى ذلك يظل تحت رحمة الزوجين،فان شاء أجازت الزوجة بعد انحلال رابطة الزوجية أو أحجم الزوجان عن التمسك بالبطلان طيلة مدة التقادم التى لا تبدأ الا من وقت انحلال رباط الزوجية .

أما فيما يتعلق بقاعدة عدم جواز الحجز على عقار البائنة فالاصل ان عقار البائنة لا يجوز ان يكون محلا للحجز والا أصبح التصرف فيه ميسورا بطريق غير مباشر ، ولكن هذا الاصل ترد عليه استثناءات ترجع الى رغبة المشرع فى حماية حقوق الدائنين ، ويمكن إجمال هذه الاستثناءات فيما يلى :

١ — يجوز لمن ترتبت ديونهم فى ذمة الزوجة قبل الزواج أن يحجزوا عقارات البائنة ، فمتى كانت الزوجة مدينة قبل الزواج وجب ان تصان حقوق دائنيها ، ولا يقف فى سبيل هذه القاعدة الا ما قد يصدر من هبات مكون للبائنة من الغير وينص فيها على وجوب تخصيصها لنفقات الحياة الزوجية المقبلة دون أن يكون للدائنين الشخصيين السابقين حق عليها .

٢ — هذا الاستثناء الثانى يرجع إلى مصدر الدين ، فإذا كان الدين صادراً عن مصدر غير تعاقدى جاز أن يحجز به على مال البائنة ، فمن ذلك مثلا الديون المترتبة على ما يصدر من الزوجة من أفعال ضارة أو نافعة كما

لو دهمت ماراً فى الطريق أو أثرت على حساب الغير ، وكذلك الديون التى يكون مصدرها نص القانون مباشرة كدين الضرائب ودين النفقة المقرر لمن تجب نفقته على الزوجة ، يضاف إلى هذا الديون التى يكون مصدرها عقد أويقصد منها إلى المحافظة على أموال البائنة كالمصروفات القضائية وديون المهندسون الذين يقومون بإصلاح العقارات وما إلى ذلك .

ولكل من هذين الاستثنائين ما يبرره الا أن النظر إلى الأمرين المتقدم ذكرهما بوصفهما من الاستثناءات استتبع عملا التضييق من نطاقهما . ففيما يتعلق بالاستثناء الخاص بالديون المترتبة قبل الزواج اشترط أن يكون الدين ثابت التاريخ قبل انعقاد الزواج ، وثبوت التاريخ هنا لا يعتبر شرطاً لجواز الاحتجاج بالدين على الغير بل يعتبر على خلاف القاعدة العامة شرطا لجواز الاحتجاج بالدين على الزوجة نفسها ولو طردت القاعدة العامة لما كان هناك محل لهذا الشرط ، إذ أن ثبوت التاريخ لا يعتبر شرطاً للاحتجاج بهذا التاريخ نفسه على من كان طرفاً فى العقد ولكن المشرع أراد فى هذه الحالة أن يجعل مال البائنة قابلا للحجز على سبيل الاستثناء شرطاً استثائيا يكفل جدية التثبت من أسبقية تاريخ الدين على الزواج .

وراعى من ناحية أخرى أنه بالنسبة إلى الافعال الضارة الصادرة من الزوجة فرق القضاء بين قسمين ، ما يعتبر من قبيل التقصير الواقع عند التعاقد المنشىء للزوجية وبين التقصير اللاحق أو الخارج عن نطاق التعاقد .

ففيما يتعلق بالنوع الأول قد يلجأ الزوجان إلى التقصير فى اتخاذ الاجراءات الخاصة باثبات وصف عقارات البائنة حتى يتاح لهما على أساس هذا الاغفال أن يخدع الغير ، وقد استقر القضاء الفرنسى على أنه إذا ثبت أن الزوجة كانت سيئة النية بمعنى أنها تعلم بتخلف الاجراءات اللازمة لإنباء الغير ومع ذلك لم تكشف للغير عن هذه الحقيقة ، فى هذه الحالة تلزم الزوجة بالتعويض وينفذ بالتعويض على عقارات البائنة .

وعلى النقيض من ذلك إذا ثبت أن تقصيراً وقع من الزوجة ولكن بحسن نية ، فى هذه الحالة قد يقضى عليها بالتعويض ولكن لا يجوز حجز أموال البائنة على أساس الحكم الصادر بهذا التعويض .

وفيما عدا الاستثنائين المتقدم ذكرهما لا يجوز للدائنين الذين نشأت ديونهم ابان الزواج أن يحجزوا أموال البائنة يستوى فى هذا من يكون دائناً للزوج أو للزوجة ، والحكم مفهوم بالنسبة إلى دائن الزوج لأنه غير ذى حق فى رقبة البائنة ؛ بل ويرى القضاء فى فرنسا أن ثمار أموال البائنة وان كانت مملوكة للزوح لا يجوز حجزها بالنسبة إلى القدر اللازم للانفاق على شئون الزوجية .

وكذلك الحكم بالنسبة إلى دائنى الزوجة فهؤلاء الدائنون نشأت ديونهم أثناء قيام الزوجية وكانوا يعلمون أن أموال البائنة مخصصة لشئون الحياة الزوجية ، فلم يكن من حقهم أن يعتمدوا عليها كضمان للوفاء بديونهم . ولا يستثنى من هؤلاء الدائنين الا من نشأت ديونهم بسبب الانفاق على شئون الحياة الزوجية فمن حق هؤلاء الدائنين أن يعتمدوا على ريع أموال البائنة ، وعلى هذه الأموال نفسها .

وبديهى أن عدم قابلية الحجز تبقى ما بقيت الزوجية قائمة ، فإذا انحل رباط الزوجية كان للدائنين الذين تنشأ ديونهم بعد ذلك حق الحجز على أموال البائنة .

وفيما يتعلق بقاعدة عدم جواز تقادم أموال البائنة ، فان ملك الزوجية لاينتقل بالتصرف ولايكتسب بالتقادم المكسب ، كما آن التقادم المسقط لا يرد على أمول الزوجية . ففيما يتعلق بالتقادم المكسب لايجوز للغير أن يتملك عقار البائنة استناداً إلى التقادم إلا إذا كان سريان التقادم قد بدأ قبل الزواج ، فما لم يتحقق مثل هذا الظرف لايجوز أن تكون حيازة مال البائنة أساسا لتملك المال بالتقادم . والحكمة فى ذلك هى الاشفاق من أن يؤدى التقاضى عن التملك بالتقادم الى التحايل على أحكام القانون واتخاذ التقادم ستارا للتصرف . ويطبق الحكم نفسه على التقادم المسقط فلا يسقط حق عينى مرتب لمصلحة عقار البائنة بالتقادم المسقط المبنى على عدم الاستعمال كما لو فرض أن لعقار البائنة حق ارتفاق على عقار مجاور فهذا الحق لايسقط بالتقادم المسقط .

على أنه يلاحظ أن قاعدة عدم جواز تقادم أموال البائنة وحرمان الغير من تملكها بالتقادم المكسب أو المسقط ، هذه القاعدة لاتسرى الا بشرطين :

الاول : أن تظل الزوجية قائمة . والثانى : ألا تكون أموال الزوجية قد فصلت . فان انتهت الزوجية سرت القواعد العامة فى التقادم، وان فصلت أموال الزوجية أثناء قيام الزوجية سرت أيضا القواعد العامة فى التقادم . وليس لهذه القاعدة مبرر الا التقاليد القديمة .

الاستثناءات التى ترد على مبدأ عدم قابلية عقار الدوطة للتصرف .

هذا هو معنى عدم قابلية عقار البائنة للتصرف ، وتلك هى تطبيقات المبدأ، بيد أن هذا المبدأ ترد عليه طائفتان من الاستثناءات : الاولى اتفاقية ، والثانية قانونية .

ومرجع الاستثناءات الاتفاقية هو مشارطة أموال الزوجية ، فاذا اتفق فى تلك المشارطة على جواز التصرف فى عقار البائنة كان هذا العقار قابلا للتصرف ، ولكن استقر العرف على أن النص على جواز التصرف فى عقار البائنة يقترن عادة بشرط الاستبدال ؛ ومعنى ذلك أن يكون التصرف معقودا باستبدال مال جديد بالعقار المتصرف فيه . ويجرى القضاء على التضييق فى تفسير شرط قابلية العقار للتصرف ؛ فاذا كان الشرط خاصا بالعقار لايجوز التوسع فيه وبسطه على المنقول ؛ وإذا كان خاصا بعقار بذاته لم يتناول العقارات الأخرى؛ وإذا كان خاصا بالبيع فهو لايتناول ؛ الرهن ، وكذلك لايسرى الشرط على مايكون للزوجة من ديون تتمسك بها عند فصل الأموال أو انتهاء النظام ولو كانت هذه الديون ناشئة بسبب العقار الذى تقرر الشرط فى شأنه .

على أنه يلاحظ أنه متى كان التصرف مباحا بالشرط وهو مايقع غالبا عند النص على الاستبدال ، ينبغى أن يكون البديل هو المال المعين فى العقد، فاذا نص على استبدال عقار بعقار وجب أن يشترى بمال البدل عقار جديد . والقاعدة فى وضعها هذا جامدة . ولهذا ادخل عليها المشرع تعديلات تدريجية كفلت لها مايعوزها من المرونة . فمنذ عهد طويل أجيز أن يتم الاستبدال من طريق شراء أسهم بنك فرنسا . ثم خطا تشريع سنة ١٩٤٢ خطوة أخرى فنص على أنه إذا اتضح أن من غير الميسور تنفيذ شرط الاستبدال تنفيذاً

حرفياً فني هذه الحالة يجوز الإلتجاء إلى القاضي ليرخص بشراء مال آخر غير المال الذى خصه الشرط بالذكر ، ويعتبر الفقه هذا النص مجرد تطبيق لفكرة الظروف الطارئة .

ويلاحظ من ناحية أخرى أن مسئولية الزوجين عن تحقيق شرط الاستبدال ومسئولية الغير جسيمة فى هذا الشأن ، فالغير الذى يتعامل مع الزوجين ينبغى أن يقوم بتحقيق شرط الاستبدال وبالتثبت من صحة التصرف المحقق له . فإذا بيع العقار وجب على المشترى أن يتثبت من أن الاستبدال سيتم وفقاً للاوضاع المقررة فى القانون ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . ويقع هذا الواجب أيضاً على الموثقين وسماسرة الأوراق المالية . إلا أن القانون لم يعين أجلا لإجراء الإستبدال فقد يشترى البديل قبل التصرف فى العقار وقد يشترى بعد ذلك ، والجوهرى فى هذا كله أن ينص فى عقد التمليك على أن البديل يحل محل عقار البائنة وعلى أن هذا الاحلال يقع تنفيذاً لنص فى مشارطة أموال الزوجية ، فإذا تم الشراء وكان عقار البائنة لم يقع فيه تصرف ، فالمال الجديد لا يحل محله إلا من تاريخ التصرف . وإذا تم الشراء بعد بيع مال البائنة حل المال المشترى محل هذا المال ، ويتحقق فى هذا الفرض حلول عينى ، بمعنى أن المال الجديد يحل محل العقار الذى تم التصرف فيه ، وتلحق بهذا المال جميع الصفات التى كانت تلحق العقار ويكون هذا المال غير قابل للتصرف رغم أنه من المنقولات مثلا ورغم أن من حق الزوج أن يتصرف فى منقولات البائنة ، إذ المفروض فى هذه الحالة أن تلك المنقولات حلت محل عقار البائنة وشغلت المركز الذى كان يشغله ، ويجوز كذلك فى الحالة نفسها أن يكون المال الجديد محلا للاستبدال إن اقتضى الحال ذلك اعمالا لنص مشارطة الزوجية .

أما إذا تم التصرف فى العقار دون أن يقع الاستبدال ولا يوجد كما قدمنا أجل لتحقيق الشرط إلا الأجل الطبيعى وهو انفصال أموال الزوجية أو انحلال الزوجية ، فنى مثل هذه الحالة يعتبر التصرف باطلا ويكون للزوج أن يطالب بهذا البطلان إن كانت الزوجية قائمة والأموال غير منفصلة ، ويكون للزوجة أن تطالب به إذا كانت الأموال قد فصلت وكانت الزوجية

قائمة ، وللمشترى عقار البائنة أن يتقى البطلان بأداء الثمن مرة أخرى وله أن يرجع بالثمن فى كل حال على الزوج .

والعلة فى الخروج على القواعد العامة فى البطلان فى هذا الشأن هى أن البطلان شرع بوصفه جزاءاً لحماية الزوجين من طريق حماية أموال البائنة .

أما الاستثناءات القانونية فهى ترجع إلى فكر ثلاث :

الأولى : فكرة تيسير تجهيز الأولاد .

والثانية : فكرة المحافظة على البائنة .

والثالثة : فكرة مواجهة النفقات الضرورية .

فبالنسبة إلى تأهيل الأولاد وتجهيزهم أبيح على سبيل الاستثناء التصرف فى مال البائنة ، ويقصد بالتأهيل أو التجهيز فى هذا الشأن تقديم بائنة لمن يتزوج من الأولاد أو إنشاء محل تجارة له أوشراء ما يلزمه لمباشرة حرفة أو تخصيص مبلغ للانفاق منه على دراسته العليا . وعلى الجملة يقصد بالتأهيل أو التجهيز إعداد الأولاد للمستقبل سواء بالنسبة للحياة الزوجية أو لعملهم فى حياتهم العادية بوجه عام . ويتم التصرف فى هذه الحالة بالقدر اللازم للتجهيز أو التأهيل .

ويلاحظ أن رضاء الزوج ضرورى بالنسبة إلى تأهيل أو تجهيز أولاد الزوجة من غير فراشة ، وكان الأمر يختلف بالنسبة إلى أولاده . ولكن القانون الجديد سوى بين الأولاد جميعاً وجعل رضاء الزوج ضرورياً . فإذا امتنع الزوج بالنسبة الى أولاده هو ، كان للزوجة أن تلجأ الى القاضى لتحصل منه على ترخيص بالتصرف متى ثبت أن احجام الزوج لم يكن له مبرر يقتضيه .

على أنه لوحظ أنه عند ما يكون التأهيل من طريق تقديم بائنة للبنت ، فنى هذه الحالة يحتفظ للزوج بحق الانتفاع فيها متى كانت البنت من غير فراش آخر .

وبالنسبة الى فكرة المحافظة على مال البائنة فهى فكرة تقوم على أن المصلحة قد تقتضى أحياناً التصرف فى مال البائنة للمحافظة عليه ؛ فقد تطرأ ظروف اقتصادية تجعل إستغلال الما مربحا ، وفى هذه الحالة يكون

فى الإبقاء على هذا المال انتقاص من قيمته الاقتصادية ولذلك يكون استبداله من طريق الاستعاضة عنه بمال آخر أربح وأمعن فى المحافظة على البائنة ، ولهذا اجيز الاستبدال فى هذه الحالة ولو لم يوجد نص فى المشارطة ، وكل ما هنالك أن الاستبدال لا يتم الا بإذن من القضاء .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بتأجير العقار مدة تتجاوز تسع سنوات اذا كان فى التأجير ما يعود على الزوجية بالنفع ، ويجرى الحكم نفسه أيضاً فى حالة نزع الملكية للمنفعة العامة .

فنى الصور المتقدمة جميعها يستأذن القضاء ويشترط أن يصدر طلب التصرف من الزوجة وأن يوافق الزوج عليه ، فإذا لم يوافق الزوج كان للقاضى أن يرخص بالبيع متى تبين أن الزوج كان غير محق فى احجامه .

ويلاحظ أنه لايكون للزوج أن يطلب الى القاضى دون رضاء الزوجة ، واذا أبت الزوجة فليس للقاضى أن يرخص بالبيع رغم احجامها .

وأخيراً يرخص بالتصرف فى البائنة اذا جدت حاجة ملحة تدعو الى الإنفاق ، ويتحقق ذلك فى فروض معينة أخصها افتداء حرية أحد الزوجين بالمال كما هو الشأن بالنسبة الى الاسرى. والتطبيق العملى لهذا النص ينسحب على الغرامات وما فى حكمها فى الوقت الحاضر. وكذلك يتحقق معنى الإنفاق الملح بالنسبة الى الالتزام بالنفقة المقرر بحكم القانون. وبالنسبة الى احتياج الزوجين لتدبير معاش لهما كما اذا حلت بهما ضائقة مالية استتبعت وجوب شرائهما لمزرعة أو متجر أو محل للتكسب منه .

ويتحقق المعنى نفسه أيضاً بالنسبة الى نفقات الصيانة الجسيمة فيباح بيع العقار أو جزء منه للانفاق على صيانة العقارات الأخرى . وقد اتجه القضاء فى فرنسا الى الترخيص برهن العقار فى هذه الحالة ضماناً للقرض اذا استبان القاضى أن فى القرض ما يحقق اجراء الصيانة دون تصرف فى العقار .

وأخيراً يعتبر من قبيل النفقة الملحة وفاء ديون الزوجة السابقة على الزوجية متى كانت ذات تاريخ ثابت .

٢ — المنقولات : اذا كانت البائنة من المنقولات كان وضعها دقيقاً بالنسبة الى عدم جواز التصرف فيها ، ولذلك لم يرد نص فى القانون الفرنسى يقرر عدم جواز التصرف فى منقولات البائنة ؛ بل أنه يستخلص من الأحكام المتقدمة أن للزوج أن يتصرف فى منقولات البائنة . بيد أن القضاء الفرنسى استقر على مبدأ عدم جواز التصرف فى منقولات البائنة ، وقد ثبت القضاء على رأيه رغم معارضة شديدة بدت من الفقه ، وكان سند القضاء هو التقاليد المقررة فى القانون الفرنسى القديم كما أنه فسر النصوص تفسيراً تحمل معه على أن المشرع إنما آثر العقار بالذكر لأهميته دون أن يخرج المنقول من نطاق الحظر من التصرف .

هذا وقد أشار تشريع سنة ١٩٤٢ من طرف خفى الى اتجاه نية المشرع الى تأييد القضاء فى مذهبه . إلا أن مبدأ عدم جواز التصرف فى منقولات البائنة يقتضى أولا تعيين نطاق المنع من التصرف ، ويقتضى بعد ذلك تعيين المقصود بالمنع .

فالمنع من التصرف بالنسبة الى المنقول لا يشمل إلا ترتيب الحقوق العينية أو نقل هذه الحقوق من طريق التعاقد أو التصرف القانونى بوجه عام ، ولذلك تعتبر منقولات البائنة مما يرد عليه التقادم المكسب والمقسط دون تفريق بعكس الحال بالنسبة الى العقارات . والعلة فى قصور معنى المنع من التصرف عن تناول التقادم هى طبيعة المنقول . هذه ناحية .

أما الناحية الثانية فتتناول المقصود بالمنع من التصرف . فمن المعلوم أن للزوج أن يتصرف كقاعدة عامة فى منقولات الدوطه ، فما هو المقصود بالمنع إذن ؟ المقصود هو منع الزوجة من التصرف فى هذه الأموال .

ويترتب على فكرة عدم جواز التصرف فى البائنة المنقولة بالمعنى الذى تقدم ذكره :

أولا : أن الزوجة لا تستطيع أن تتنازل عن الديون التى تترتب لها فى شأن هذه البائنة ولا من حقها فى الرهن العام الضامن لهذه الديون .

ثانياً : أن دائنى الزوجة لا يستطيعون حجز البائنة المنقولة ، فهؤلاء الدائنون الذين نشأت ديونهم إبان الزوجية لايملكون اقتضاء ديونهم من البائنة .

ومن الواضح أن البائنة المنقولة ينبغى أن تظل كذلك، بمعنى أن هذه البائنة تكون قابلة للتصرف من ناحية الزوج، ولكن إذا اشترى عقار بدين البائنة مثلا عندما تكون البائنة دينا مترتبا فى ذمة الغير ، فى هذه الحالة يترتب أثر ثالث مؤداه أن العقار الذى يشترى بمال البائنة يعتبر من الأموال غير الداخلية فى البائنة . ولكن لما كان هذا العقار يمثل قيمة يدخل قدرها أصلا فى البائنة لذلك أنشأ القضاء فكرة جديدة تسمى بنظرية البائنة المنطوية . ومؤدى هذه الفكرة فى حدود التطبيق المتقدم ذكره أن العقار الذى يشترى بمال البائنة الذى كان منقولا فى الأصل يتضمن قيمة غير قابلة للتصرف وغير قابلة للحجز رغم أن هذا العقار بذاته لايدخل فى أموال البائنة .

فالمقصود إذن هو أن يتقرر انطواء العقار على قيمة تتوافر فيها مشخصات البائنة المنقولة من حيث عدم الحجز وعدم جواز التصرف بالمعنى المفهوم بالنسبة الى المنقول .

أحكام تسرى على البائنة عقارا كانت أو منقولا :

بقى فيما يتعلق بأموال البائنة عقارية كانت أم منقولة أن نتناول مسألتين .

الأولى : أثر انفصال الأموال فى مركز أموال البائنة .

والثانية : رد أموال البائنة إلى الزوجة .

أثر انفصال الأموال فى مركز أموال البائنة :

ففيما يتعلق بالمسألة الأولى يلاحظ أن للزوجة أن تطلب أثناء قيام الزوجية فصل الأموال ، ومعنى هذا فصل أموال الزوجة عن أموال الزوج. وهذا الطلب حق للزوجة تتقدم به متى كان النظام الذى تزوجت فى ظله مغايرا لنظام فصل الأموال . وسنعرض فيما بعد للظروف التى تبرر فصل الأموال والاجراءات التى تتبع فى هذا الشأن .

الا أنه متى تم الفصل فثل هذا الفصل لا يؤثر فى مركز الأموال ، وانما ينحصر أثر الفصل بوجه عام فى نوع حق الادارة والانتفاع عن يد الزوج وتركيز الحقين فى يد الزوجة ، بيد أن هذا التركيز لا يفضى إلى ازالة المنع من التصرف ولا يفضى كذلك إلى إزالة حصانة عدم جواز الحجز .

فبالنسبة الى المنع من التصرف يظل مال البائنة ، رغم انفراد الزوجة بالانتفاع به وادارته ، غير قابل التصرف ؛ واذا كانت البائنة من المنقولات امتنع على الزوجة أيضاً أن تتصرف فيها رغم استقلالها بالادارة والانتفاع ، بل أن عدم جواز التصرف يلحق بثمار وريع أموال البائنة فيما عدا القدر اللازم للانفاق على شئون الزوجية . اذ الأصل أن الذى يملك حق التصرف فيما فاض عن هذا القدر هو الزوج ، فان عاد الى الزوجة وجب أن يلحق بأصله .

وفيما يتعلق بعدم جواز الحجز على أموال البائنة ، يلاحظ أنه اذا استثنى فريق الدائنين السابقة ديونهم على الزواج بقى فريقان من الدائنين : أولهما فريق الدائنين الذين نشأت ديونهم فى كنف الزوجية وقبل انفصال الأموال ؛ وهذا الفريق لا يستطيع حجز أموال البائنة ، ذلك أنه لم يعتمد على هذه الأموال بوصفها ضمانا لدينه ، ولا سيما أن ديونه عندما نشأت والمال غير قابل للتصرف وريع المال حق خالص للزوج .

والفريق الثانى هو فريق الدائنين الذين نشأت ديونهم بعد انفصال الأموال وليس لهؤلاء أن يحجزوا أموال البائنة أو ريعها تفريعا على عدم جواز التصرف فى هذا الريع أو تلك الأموال ، إلا أن تكون ديونهم متعلقة بشئون الزوجية أو خاصة بادارة الزوجة .

فالمهم اذن أن أموال البائنة عند انفصال الأموال ترد الى يد الزوجة ، ولكنها تحتفظ بمميزيها الآخرين وهى المنع من التصرف وعدم جواز الحجز ، ومع هذا فقد أبيح للزوجة على سبيل الاستثناء أن تتصرف فى مال البائنة :

أولا : إذا أباحت لها مشارطة أموال الزوجية ذلك بنص صريح بأن واجه النص حالة انفصال الأموال وجعل للزوجة حق التصرف فى مال البائنة

فى ظل هذه الحالة . وكذلك الشأن فيما إذا كان القانون قد أباح التصرف فى مال البائنة بمقتضى نصوص خاصة . وهذا هو حكم الحالات التى تقدم ذكرها من قبل .

رد البائنة

هذا هو مركز أموال البائنة عند فصل أموال الزوجين . بقى أن نتناول رد البائنة . فالبائنة كما ذكرنا من قبل تسلم للزوج ، ولهذا يتعين على الزوج أن يردها ، وأول أمر يعرض فى شأن الرد هو سبب الرد . والبائنة يتعين ردها متى انحل رباط الزوجية أو متى تقرر فصل الأموال أو متى قضى باعتبار الزوجة ميتة حكما وتمكين وارثها من الاستيلاء مؤقتاً على مالها ، والرابع حالة زوال أهلية الزوج واقامة الزوجة لتولى شئونه . فى هذه الحالات جميعاً ترد البائنة ، بيد أن الرد يتم فى صور مختلفة . فالأصل أن يتم الرد بين يدى الزوجة مادامت على قيد الحياة فإن ماتت وجب الرد إلى وارثها . ومع هذا فمن الحالات مايتم فيه الرد لمن أنشأ البائنة ويتحقق هذا فى فرضين :

فقد يشترط منشئ البائنة أن ترد إليه البائنة فيما إذا ماتت الزوجة ، وهذا هو الفرض الأول . وقد يكون منشئ البائنة أحد الوالدين ، فإن ماتت الزوجة من غير عقب تعين رد البائنة اليه ، وهذا هو الفرض الثانى .

ومتى كان مال البائنة معيناً بالذات وجب رده بعينه ، ويستثنى من ذلك المنقول الذى جرد وقت الزوجية إذ أن قيمته تكون دينا فى ذمة الزوج ، وكذلك يكون ديناً فى ذمة الزوج كل ما كان من المثليات فلا يلزم الزوج إلا برد القيمة ، وتعرض بالنسبة إلى رد الشئ المعين بذاته مسألة النفقات التى انفقها الزوج فى سبيل الصيانة ، فإن كانت النفقات جسيمة كان من حق الزوج أن يستأديها ، وإن كانت النفقات من قبيل نفقات التحسين فليس للزوج إلا أن يرجع فى حدود دعوى الاثراء وإن كانت من قبيل النفقات العادية تحملها الزوج باعتباره متمتعاً بحق الانتفاع .

ومتى تعين الرد وجب على الزوج أن يرد رقبة المال ووجب عليه أيضا أن يرد منفعته فى حدود خاصة ؛ اذ من المقرر أن على الزوج أن يرد منفعة

الفترة الزمنية التى تكمل آخر سنة من سنى الزوجية ، وتكون للزوجة أن تقتضى ثمن ملابس الحداد وأن تستأدى أجرة المسكن متى كانت قد تركت أموال البائنة إلى نهاية السنة ، ولها أن تستأدى كذلك نفقة لمدة حول كامل هو مدة الحداد .

واخيرا يراعى أن القانون أوجب رد المال المعين بذاته على الفور دون أن يضرب للزوج أجلا للرد ، أما ما يجب فى ذمة الزوج من ديون فى مقابل قيمة أموال البائنة فقد ضرب القانون للزوج أجلا لا يجاوز السنة من تاريخ تحقق السبب الموجب للرد .

هذه هى القواعد الموضوعية فى الرد ، الا أن الرد يثير مسألة من مسائل الاثبات ، فعلى الزوجة لكى تسترد أن تثبت أن الزوج قد قبض البائنة ، وهذا الاثبات ليس بيسير ، فيراعى أن للزوجة كقاعدة عامة أن تقدم الدليل على القبض مستفادا من نص خاص فى مشارطة أموال الزوجية أو من ايصال معين ؛ ولها أن تثبت واقعة القبض بطرق الاثبات كافة ومنها القرائن والشهود لوجود مانع من موانع الحصول على الكتابة . الا ان القانون أقام قرينة اخرى تيسر عبء الاثبات فقضى بأنه اذا انقضت عشر سنوات على قيام الزوجية ولم يثبت الزوج أنه واصل المطالبة بالقبض فى هذه الحالة تتوافر قرينة على القبض ، وعلى الزوج اذا أراد نفى هذه القرينة أن يقيم الدليل على أمرين أولهما أنه لم يقبض والثانى أنه واصل المطالبة بالقبض .

(ثانيا) مركز الأموال الخالصة :

تنص المادة ١٥٧٤ من القانون الفرنسى على أن جميع أموال الزوجة التى لا تدخل فى البائنة تعتبر أموالا خاصة . وتعين المادة ١٥٧٦ ما للزوجة من على أموالها الخالصة فتقرر أن للزوجة على تلك الأموال جميع الحقوق التى تملكها الزوجة بالنسبة الى أموالها عند انفصال الأموال . ومن هذين النصين يستخلص تعريف المال الخالص وتعيين مدى ما للزوجة من سلطات بالنسبة اليه .

أما من حيث التعريف ، فالمال الخالص يشمل كل ما خرج عن أموال البائنة وهو بهذه المثابة يشتمل على الأموال المحتفظ بها كما اذا كانت الزوجة تباشر حرفة أو صناعة واحتفظت لنفسها بالأموال التى تستخدمها فى هذه الحرفة أو الصناعة ، وكذلك الأموال التى تؤول اليها فى ظل نظام البائنة من الغير مع اشتراط عدم دخولها فى البائنة ، وكذلك العقارات التى تشترى بثمار أموال البائنة أو بقيمة منقولات من البائنة .

والامر فيما يتعلق بالنوعين الاولين واضح. الا أنه يدور فيما يتعلق بالنوع الثالث ، فبالنسبة الى هذا النوع الثالث يعتبر العقار مالا خالصا ، بيد أن قيمته تعتبر داخلة فى البائنة ، ومعنى هذا أن العقار فى ذاته يعامل معاملة المال الخالص أما الثمن الذى يؤدى فى مقابله عند التصرف فيعتبر قيمة مالية داخلة فى البائنة ولهذا تسرى على تلك القيمة جميع القواعد التى تقدم ذكرها بالنسبة الى أموال البائنة ، وأخص هذه القواعد عدم قابلية المال للتصرف وعدم جواز حجزه .

أما سلطة الزوجة بالنسبة الى المال الخالص فهى سلطة واسعة ،اذ يكون للزوجة أن تدير هذا المال وان تتصرف فيه وأن تنتفع به دون أن ترد عليها القيود المتعلقة بأموال البائنة . ولهذه العلة تحددت سلطة الزوج بالنسبة الى الأموال الخالصة تحديدا يتفق مع ظروف العلاقة بين الزوجين .

١ — فقد تنيب الزوجة زوجها عنها فى ادارة المال ، وفى هذه الحالة قد تصدر الزوجة توكيلها للزوج مشروطا بأداء حساب عن وكالته ، فان حدث هذا عومل الزوج معاملة الوكيل بمعنى أنه يلزم بأداء الحساب ، ويسأل مسئولية الوكيل فيما يصدر عنه من أعمال الادارة .

وقد صرحت بذلك المادة ١٥٧٧ اذ قضت بأنه اذا أعطت الزوجة تفويضا لزوجها بادارة أموالها الخالصة على أن يقدم لها حسابا عن الثمرات كان حكم الزوج قبلها حكم أى وكيل آخر ، وهذا الحكم هو نتيجة منطقية لاعتبار المال الخالص من حيث الملكية والادارة حقا للزوجة وحدها.

٢ – وقد واجهت المادة ١٥٧٨ فرضا آخر فنصت ما يأتى :–

" اذا تمتع الزوج بأموال زوجته الخالصة دون وكالة ولكن دون معارضة منها ، فلا يلزم عند انحلال الزواج أو عند توجيه أول طلب منها الا بأداء الثمرات القائمة ، ولا يسأل عن الثمرات التى تم استهلاكها الى هذا الوقت " . وفى هذا الفرض الثانى يقيم القانون قرينة على أن الزوجة هى التى سلطت زوجها على مالها الخاص ولم ترد أن تسأله حسابا عن ادارته ، ولهذا لا يحق لها أن تطلب اليه تقديم هذا الحساب أو أن تسأله عن الثمرات . ويعتبر الزوج فى هذه الحالة فى حكم المنتفع ويسأل ، مسئولية صاحب حق الانتفاع . وقد قضت بذلك المادة ١٥٨٠ اذ قررت أن للزوج الذى ينتفع من أموال الزوجة الخالصة أن يحصل على المنفعة ، ولكنه يلزم على نحو التزام المنتفع بجميع الالتزامات التى يتحملها هذا الاخير .

ولكن حق انتفاع الزوج فى هذه الحالة ينقضى بانحلال رباط الزوجية كما أنه ينقضى متى طلبت اليه الزوجة ذلك ، والامر الجوهرى وفى الحالة المتقدم ذكرها هو مباشرة الزوج لادارة المال الخالص والانتفاع به دون معارضة من الزوجة ودون اصدار توكيل له .

فقيام العنصرين ، عنصر تسلط الزوج على الادارة والانتفاع وعنصر احجام الزوجة عن المعارضة ، هو الذى يقيم القانون على أساسه قرينة ترخيص الزوجة لزوجها بالانتفاع . فالانتفاع فى هذه الحالة يقوم على أساس التعاقد الضمنى أو الرضاء الضمنى . والقرينة فى هذه الحالة لا تقبل اثبات العكس الا اذا أقيم الدليل على صدور توكيل من الزوجة للزوج .

٣ – واجهت المادة ١٥٧٩ الفرض الثالث وهو الخاص بتمتع الزوج بأموال زوجته الخالصة رغم اعتراض الزوجة على ذلك ، فنصت هذه المادة على أنه اذا انتفع الزوج بأموال الزوجية الخالصة رغم تسجيلها لمعارضتها كان الزوج مسئولا قبلها عن جميع الثمرات ، تستوى فى ذلك ما يكون قائما منها وما يكون قد تم استهلاكه .

هذا هو نظام أموال البائنة ، ويعالج أكثر شراح القانون الفرنسى هذا النظام مع نظامين آخرين هما نظام أموال الزوجية النافى للاشتراك ونظام فصل أموال الزوجية. ويصفون الانظمة الثلاث بأنها نظم ترمى الى فصل الأموال؛اذ الواقع أن نظام أموال البائنة هو نظام فصل للأموال فيما يتعلق بأموال الزوجة الخالصة ، أما فيما يتعلق بأموال البائنة فهى أموال لا يملك الزوج حق التصرف فيها فيما عدا ما استثنى ، وتكاد سلطات الزوج بالنسبة الى هذه الأموال تعادل سلطاته فى ظل نظم أموال الزوجية المنفصلة .

وعلى هذا النحو لا يبقى لاستكمال النظم التى تتسم بخصيصة الفصل الا دراسة نظام الاموال النافى للاشتراك ، ودراسة نظام الانفصال بين الأموال .

المطلب الثانى

فى نظام الأموال النافى للاشتراك

عالج القانون الفرنسى النظام النافى للاشتراك فى القسم التاسع ونص فى المادة ١٥٢٩ على أنه عندما يصرح الزوجان أنهما لايخضعان لنظام البائنة وأنهما يتزوجان بغير اشتراك أوأنهما يتزوجان مع انفصال الأموال، يسرى على آثار مثل هذا الاشتراط مايأتى من الاحكام . ثم نصت المادة ١٥٢٠ على أهم حكم من الاحكام المشار اليها من قبل فقضت مايأتى "لايكون من شأن الشرط الخاص بتمام الزواج بغير اشتراك فى الاموال اعطاء الزوجة حق ادارة أموالها أو حق قبض ثمرات هذه الأموال ، بل تعتبر هذه الثمار حصة مقدمة للزوج للانفاق على شئون الزوجية . وعقبت على ذلك المادة ١٥٢١ بتفصيل حق الزوج فيما يتعلق بالادارة والثمرات فنصت على أن الزوج يبقى فى يده ادارة الأموال المنقولة والعقارية التى تملكها الزوجة ويكون له حق قبض الأموال المنقولة التى تؤول إلى الزوجة بوصفها بائنة أو تؤول اليها خلال الزواج ،وذلك مع مراعاة وجوب الرد عند انحلال رباط الزوجية أو بعد انتقال الأموال بمقتضى حكم يصدر من القضاء . ويبين من هذين النصين أنه إذا اتفق الزوجان فى مشارطة أموال الزوجية على عدم الاشتراك فى الأموال،ونصا على أن نظامهما هو نظام ناف للاشتراك،فى هذه الحالة

يكون للزوج حق ادارة أموال الزوجة وحق الانتفاع بهذه الأموال على أساس أن منفعة الأموال المتقدم ذكرها تعتبر بمثابة حصة للزوجة فى الانفاق على شئون الزوجية . ولهذا يكون للزوج حق الانتفاع بأموال الزوجة ويلتزم وفقا لأحكام المادة ١٥٣٣ بما يلتزم به صاحب حق الانتفاع . على أن للزوجين أن يقررا فى مشارطة أموال الزوجية الحد من حق الزوج فى الانتفاع بأموال الزوجية كلها ، وهذا هو الامر الذى تقرره المادة ١٥٣٤ إذ تنص على أن شرط اختيار نظام الأموال النافى للاشتراك لايحول دون أن تقبض الزوجة سنويا جزءا من ربح أموالها تنفقه على نفسها وعلى شئونها الخاصة .

ومن هذا يبين أن أهم مايميز نظام أموال الزوجية النافى للاشتراك هو تمتع الزوج بحق انتفاع بالنسبة إلى أموال الزوجة ولا يحد من هذا الحق الا بنص فى مشارطة أموال الزوجية .

هذا من حيث الانتفاع وادارة مال الزوجة ، أما من حيث ملكية رقبة هذه الأموال ، فهذه الملكية تكون ثابتة للزوجة وحدها ولا يشترك الزوج مع الزوجة فى ملكية تلك الأموال بوجه من الوجوه، وإن ملك حق الانتفاع بها ، ويترتب على ذلك أن الزوجة هى التى تنفرد بحق التصرف فيما تملكه من أموال ويكون لدائنى الزوجة السابقين على الزوجية حق التنفيذ على هذه الأموال رقبة ومنفعة ، ويكون للدائنين اللاحقين حق التنفيذ عليها فى حدود الرقبة وحدها .

وخلاصة ماتقدم أن نظام الأموال النافى للاشتراك يقوم على فكرتين :
الأولى : استقلال الزوجة بملكية أموالها ، والثانية : تمتع الزوج بحق ادارة أموال الزوجة والانتفاع بها إلا إذا خصت الزوجة نفسها بنصيب معلوم فى الانتفاع بأموالها فى مشارطة أموال الزوجية .

المطلب الثالث

فى نظام انفصال الأموال

إذا نص الزوجان فى مشارطة أموال الزوجية على أن تكون أموالهما منفصلة أدى ذلك إلى نفس النتائج التى تترتب عند التجاء الزوجين المشتركين

فى نظام اشتراط الأموال بمقتضى حكم قضائى ، والانفصال فى الحالتين يؤدى إلى نتائج متحدة اللهم الا مستثنيات قليلة تتصل بحق الزوج فى الاعتراض على اشتغال الزوجة بحرفة معينة وببعض تفصيلات أخرى لا محل للخوض فيها .

ونظام انفصال الأموال بين الزوجين يقوم على مبدأين أساسيين :

أولهما : مبدأ استقلال كل من الزوجين بملكية ماله . وثانيهما : مبدأ وجوب اشتراك الزوجة فى الانفاق من ريع أموالها على شئون الزوجية .

والجمع بين المبدأين يؤدى إلى الكشف عن تلازم نظام الأموال مع ماتقتضى رابطة الزوجية من تبعات مالية .

أولا : استقلال كل من الزوجين بتملك أمواله : يستقل كل من الزوجين بتملك أمواله فى نظام انفصال الأموال ، وقد نصت المادة ١٥٣٦ وفقا لصيغتها المعدلة فى سنة ١٩٤٢ على مايأتى "إذا نصت مشارطة أموال الزوجية على أن الزوجين يختاران نظام انفصال الأموال يكون للزوجة حق ادارة أموالها الخاصة وحق الانتفاع بها وحق التصرف فيها". وبهذا النص أكد المشرع حق الزوجة فى الملكية الكاملة لأموالها الخاصة وفى ادارة هذه الأموال ، ولم يكن هذا النص الا ثمرة تطور طويل . فعند وضع التقنين المدنى الفرنسى كانت أهلية المرأة محدودة فلم تكن تملك القيام بعمل من أعمال التصرف الا بموافقة الزوج . ولهذا كان النص المتعلق بحرية الزوجة فى تملك الأموال وادارتها نصا نظريا ، إذ كانت تقيده القواعد الأخرى المتعلقة بالحد من أهلية الزوجة ، وعلى هذا النحو لم تكن الزوجة تملك قديما الا أعمال الادارة بوجه عام كالتأجير لمدة قصيرة وقبض الأجرة وشراء المبذورات للزراعة والانفاق على الزراعة وكل مايتصل باستثمار المال دون أن يؤثر فى كيان هذا المال . ولهذا كانت الزوجة ممنوعة من التصرف الا باذن الزوج ، ثم عدل التشريع الفرنسى تعديلا أكمل للمرأة أهليتها ، وكان من شأن هذا التعديل أن أصبحت الزوجة تتمتع بحرية التصرف فى العقار والمنقول على حد سواء ، وأصبحت كذلك تتمتع بحرية كاملة فى ادارة اموالها وفى الانتفاع من هذه الأموال فى ظل نظام انفصال الأموال .

ويلاحظ أن نظام الأموال الاتفاقى لايجوز تغييره ، ولهذا لا يكون نظام انفصال الأموال المستمد من مشارطة أموال الزوجية قابلا للتغيير على نقيض نظام فصل الأموال الذى يتقرر بحكم قضائى بسبب فساد ادارة الزوج مثلا ، فهذا النوع الأخير يجوز تغييره والعودة إلى النظام الذى كان مطبقا قبل صدور حكم القضاء إذا كان فى الظروف ما يحمل على ذلك .

ويلاحظ من ناحية أخرى أن حرية الزوجة فى التصرف فى مالها تعتبر مطلقة فى الوقت الحاضر ، ولكن هذه الحرية لاتمنع من اتفاق الزوجين ، على أن تلزم الزوجة بأداء نصيب من نفقات الزوجية ، وفى حدود هذا النصيب قد تتقيد حرية الزوجة عملا فى ادارة أموالها وفى الاستئثار بمنفعة تلك الأموال ولكن هذا التقييد العملى لايتقرر بحكم من أحكام القانون ، إذ تعتبر الزوجة فى هذه الحالة مجرد مدينة بالنصيب الذى التزمت بأدائه ، ويكون الزوج هو الدائن لها فى حدود هذا النصيب ، فان تخلفت عن الأداء كان حكمها حكم أى مدين يقصر عن الوفاء بدينه وليس على وجه التحقيق أى حق عينى على أموال المدين .

فخلاصة المبدأ الأول اذن أن الزوجة تملك حق التصرف فى أموالها الخاصة ، يستوى فى ذلك العقار والمنقول ، كما أنها تملك حق الادارة والانتفاع ، وفى حدود حق الادارة والانتفاع يختلف نظام الأموال النافى للاشتراك عن نظام فصل الأموال الكامل .

ثانيا : الا أن استقلال كل من الزوجين بملكية ماله وبحق ادارته والانتفاع به لا يؤدى عملا ولا قانوناً إلى ذلك الاستقلال النظرى الكامل الذى قد يتبادر إلى الذهن ، ذلك أن الحياة الزوجية تقتضى الزوجة نصيبها من المساهمة فى الانفاق ، ولهذا نصت المادة ١٥٣٧ فى صيغتها المعدلة فى سنة ١٩٤٢ على الزام كل من الزوجين بالمساهمة فى اعباء الزوجية وفقا لما ينص عليه اتفاقهما ، فان لم ينص الاتفاق على شىء ، فوفقا للنسب المنصوص عليها فى المادة ٢١٤ . وقد نصت هذه المادة على ما يأتى " إذا لم تتعرض مشارطة أموال الزوجية لنصيب الزوجين فى أعباء الزوجية وجب أن يساهما فى هذه الأعباء وفقاً لقدرة كل منهما أو سعته ، ويقع الالتزام بهذه الأعباء

فى الأصل على عاتق الزوج ، فمن واجبه أن يوفر كل ما يلزم لمعيشة الزوجة وفقاً لمقدرته وسعته ، وتؤدى الزوجة التزامها فى أعباء الزوجية بما تقدم من حصة فى أموال البائنة أو فى الاموال المشتركة أو بالاقتطاع من مواردها الخاصة التى تتولى هى ادارتها ".

ويتضح من هذين النصين أن الزوجة تلزم بالانفاق على الحياة الزوجية وفقاً لأحكام مشارطة أموال الزوجية أو وفقاً لأحكام القانون . فإذا وجد نص فى المشارطة يحدد نصيب الزوجة فى الانفاق على شئون الزوجية وجب اتباع هذا النص، وفى هذه الناحية يختلف فصل الأموال القضائية عن انفصال الأموال الاتفاقى المقرر بمقتضى المشارطة ، فهذا الأخير يقبل التراضى على تعيين نصيب معلوم تساهم به الزوجة فى أعباء الحياة الزوجية دون نظر إلى مواردها أو سعتها .

والغالب أن تقيد مشارطة أموال الزوجية فى نفقات الزوجية ولا سيما فى الاسر الموسرة ولكن قد يقع أن تغفل مشارطة أموال الزوجية تعيين نصيب الزوجة فى الانفاق على شئون الزوجية ، وفى هذه الحالة يلجأ الى نص القانون ، وكان القانون قديما يقضى بالزام الزوجة بالمساهمة فى حدود ثلث النفقات ولكن القانون الفرنسى الغى هذه النسبة فى تعديله الاخير ووضع قاعدة عامة مؤداها أن عبء الانفاق يقع على الزوج بصورة أصلية ولكن فى حدود سمعته ويساره ، ثم جعل على كل من الزوجين عبء المساهمة فى تلك الاعباء فى حدود سعة كل منهما كذلك .

هذان هما المبدآن اللذان يتحكمان فى نظام فصل الأموال ، ويستتبع تطبيق هذين المبدأين اثارة مسألتين :

أولاهما : مسألة قيام الزوج بالادارة ، والثانية : حقوق دائنى الزوج فى أموال الزوجة .

ففيما يتعلق بالمسألة الاولى ، يلاحظ أن حق الزوج فى ادارة أموال الزوجية يخضع لعين القواعد التى تطبق فى صدد ادارة الزوج للأموال الخالصة فى ظل نظام البائنة .

أما فيما يتعلق بالمسألة الثانية ، فالأصل أنه لا يجوز لدائني الزوج أن يقتضوا ديونهم من أموال الزوجة ، لا من الرقبة ولا المنفعة ، لأن هذه الأموال من حق الزوجة رقبة ومنفعة . ولكن أثير الامر بالنسبة الى الديون المترتبة بسبب الانفاق على الشئون الزوجية ، وفى هذه الحالة يتجه الرأى الى أنه لا يجوز للدائن أن يحجز مباشرة أموال الزوجة الا اذا استعمل الدعوى غير المباشرة باعتبار أنه يباشر حق الزوج الذى يعتبر دائنا للزوجة بنصيبها فى نفقات أموال الزوجية ، كما أن للدائنين أن يرجعوا بصورة تبعية على أموال الزوجة فى هذه الحدود اذا كانت هى التى عقدت الدين .

وتقوم الزوجة غالبا بوفاء نصيبها من النفقات للزوج مع الحصول على ايصال مثبت لذلك ، ومتى انقضت الزوجية اما بالوفاة أو بانحلال رابطة الزوجية أبقى كل من الزوجين على ماله ، ولكن المسألة تتعقد بالنسبة الى المنقولات بوجه خاص ، ففى كثير من الحالات تختلط منقولات الزوجين ببعضهما ولذلك يلجأ الى القرائن فى تعيين ما يكون مملوكا للزوجة وما يكون مملوكا للزوج ، والقرينة التى يلجأ اليها عادة هى قرينة الاستعمال ثم قرينة الحيازة .

وفى صدد قرينة الحيازة يلاحظ أن المنقولات المنزلية تعتبر مملوكة لمن يكون عقد الايجار قد عقد باسمه من الزوجين.

هذه هى النظم الانفصالية الثلاثة ، بقى أن نواجه نظم الاشتراك .

المطلب الرابع

فى نظام اشتراك الأموال

يعتبر نظام الاشتراك فى أموال الزوجية هو النظام ذو الولاية العامة ، بمعنى أنه يطبق كلما تم الزواج دون مشارطة ، وبديهى أنه يطبق عند الاتفاق فى المشارطة على اتباعه . ويتضح من الاحصاءات أن نظام الاشتراك فى الأموال هو الذى يتبع فى فرنسا فى زهاء ٧٥٪ من حالات الزوجية وهو لذلك يظفر بعناية خاصة من الفقه والقضاء .

وقوام هذا النظام أن ثمة قدرا من الأموال يخضع لمشاركة الزوجين ، والغريب فى هذه المشاركة أنها منذ نشأت فى العصور القديمة قد احتفظت بمميزاتها حتى اليوم، فيما عدا تعديلات قليلة ترجع بوجه خاص الى ما أدخل من تعديل فى مركز المرأة المتزوجة فى فرنسا .

فقديما اعترف للزوج بحق ملكية لأموال الزوجية بأسرها، فكان الزوج يعتبر مالكا لمال البائنة فحسب بل ولجميع أموال الزوجية سواء منها ما كان مملوكا ملكية خاصة للزوجة وقت الزواج وماآلت ملكيته فيما بعد إلى كل من الزوجين ، دون تفريق فى ذلك بين مال ومال . ولم يكن الزوج فى ظل هذا النظام مسئولا إلا عن رد مال البائنة .

هذه هى المقدمة الأولى التى نشأ فى ظلها نظام الاشتراك فى الأموال ، وقد تمثل هذا النظام فى قاعدتين :

الأولى نشأت فى اعطاف العرف ومؤداها أن الزوجة كانت عند وفاة الزوج تتملك نصيبا فيما يسمى بمقتضيات الزوجية أو أرباح الزوجية أو الأموال الطارئة ، فكل ما كان يكتسبه الزوجان من مال خلال الزوجية كان يعتبر ناشئا عن نشاط الزوجين راجعا إلى تدبيرهما للمال واقتصادهما فى انفاقه. ولما كانت الزوجة شريكة فى الحياة الزوجية،فقد جرى العرف باختصاصها بنصيب من الأموال الطارئة عند وفاة الزوج .

والثانية جرى بها العرف وكانت تتصل بالمنقولات ،إذ جعلت المنقولات منذ زمن بعيد ملكا مشتركا بين الزوجين ، ويرجع هذا العرف إلى اتفاق ضمنى كان يقع بين من يتعاشرون ويعيشون تحت سقف واحد دون زواج، إذ كان من المفهوم بينهم أن العشرة إذا استمرت أكثر من عام،ولو جاوزت العام بيوم واحد،أدى ذلك الى تملك الرجل للمنقولات التى كانت ملكا للمرأة من قبل ، وعلى هذا النحو وجدت قاعدتان ، الأولى تجعل الاشتراك يتناول الأموال الطارئة . والثانية تجعل الاشتراك يتناول المنقول .

وعلى هذا النحو تحدد نطاق الأموال التى تتناولها الملكية المشتركة ودخل فى هذا النطاق ما يسمى بالمال الطارئ كما دخل فيه كل مال منقول . والمال

الطارئ على ماتقدم ذكره هو كل مال تم كسب الملك فيه بعد انعقاد الزواج بسبب يختلف عن الأرث أو التبرع ، وبعبارة أخرى هو كل مال يتم كسبه بعد ذلك التاريخ بعقد من عقود المعاوضة .

أما المنقول فلا يقتصر أمره على ماتأتى به الزوجة من أموال منقولة وقت الزواج بل يتناول جميع المنقولات سواء منها ماكان مملوكا وقت الزواج وما تجد ملكيته بعد ذلك .

هذا هو نطاق الاشتراك فى الأموال ، وفى ظل هذا الاشتراك يتمتع الزوج بحقوق أوسع من حقوقه المقررة بمقتضى نظام الانفصال .

فيراعى أولا أن الزوج كان يملك فى ظل نظام الاشتراك حق التصرف المطلق فى الأموال المشتركة ولو بطريق الهبة ولم يكن للزوجة أن تعترض عليه فى ذلك .

وبراعى من ناحية ثانية أن الزوج هو الذى يملك فى ظل نظام الاشتراك حق الانتفاع بالأموال الخاصة للزوجة اذ يقول الفقه أن الأموال المشتركة هى التى تؤول إليها منفعة الأموال الخاصة .

ويراعى من ناحية ثالثة أن الأموال المشتركة وإن كانت تملك الزوجة حق الرقبة فيها ألا أن الزوجة كانت محدودة عن التصرف من جراء نقص أهليتها فى القانون القديم فكان من الواجب أن تحصل على اذن من زوجها بالتصرف .

وبديهى أن تقرير هذه الحقوق للزوج كان يقتضى من ناحية أخرى تقرير ضمانات للزوجة ؛ ولهذا جعل القانون للزوجة أولا حق طلب فصل الأموال فيما لو آنست فى زوجها انحرافاً عن سنن الاستقامة فى الادارة ، فمتى وضح فساد ادارة الزوج كان للزوجة أن تضع حداً للمشاركة من طريق طلب فصل الأموال .

وجعل القانون للزوجة كذلك أن تشترط عندما يؤول إليها المال المشترك قصر مسئوليتها من الديون على مقدار المال الذى آل إليها بحيث لاتسأل عن الديون متى جاوز قدره المال المشترك .

وأخيراً جعل القانون للزوجة حق رهن عام على أموال الزوج الخاصة ، ولهذا يلجأ الزوج عند التصرف فى أمواله الخاصة الى الحصول على موافقة الزوجة إن أراد رهن شيء من أمواله .

هذه هى المعالم البارزة فى نظام الاشتراك فى الأموال . وقد بقى هذا النظام إلى الآن فى جملته دون تغيير اللهم ألا ما طرأ عليه بسبب الواقع وما طرأ عليه بسبب التعديلين اللذين أدخلا على التشريع الفرنسى .

فى نطاق الواقع ازدادت أهمية الثروة المنقولة وبدأت الأوراق المالية تحل محل العقارات ولما كان الزوج يملك حق التصرف فى المنقول وكان كل منقول يدخل فى نطاق الاشتراك فقد نشأ عن ذلك أن اتسع نطاق الأموال المشتركة واتسع نطاق سلطان الزوج عليها .

ولكن يلاحظ أن هذا الاتساع تحد منه قواعد استحدثت خلال تطور طويل . وأهم هذه القواعد أن الزوج منع من التبرع بالعقار ومنع من التبرع بالمنقولات فى جملتها أو بحصة من جملة الأموال المنقولة . هذا الى أن التعديل الذى أدخل على التشريع الفرنسى فى سنة ١٩٣٨ أو الذى جعل للمرأة أهلية كاملة عبّر تعبيراً عملياً عن تمتع الزوجة بحق التصرف فى الأموال المشتركة . وأخيرا يلاحظ أن تشريع سنة ١٩٤٢ جعل من حق الزوجة التى تباشر حرفة أو صناعة مستقلة أن تحتفظ بملكيتها فى حدود هذه الصناعة أو تلك الحرفة وأن تستقل بادارة هذه الملكية والانتفاع بها .

طبيعة نظام الاشتراك

هذا هو نظام الاشتراك فى الأموال ، وهو فى ظاهره نظام يسير ، ولكنه من حيث التعريف أو التطبيق نظام كثير التعقيد ، والمسألة الجوهرية فى هذا النظام هى الحكم على طبيعة الاشتراك فى الأموال فهل يعتبر هذا الاشتراك من قبيل الشيوع فى الملكية أم من قبيل ملكية الشركات أم من قبيل التشخيص المعنوى للذمة المنفصلة ، أم من قبيل ملكية اليد المشتركة .

الجواب أن الاشتراك فى أموال الزوجية لايختلط بأى نظام من النظم التى تقدم ذكرها وانما هو نظام خاص ينفرد به التشريع الفرنسى والتشريعات التى نسجت على منواله . وهذه حقيقة جديدة بالتأمل فى مصر ، اذ أن مصر

لاتعرف هذا النوع من الاشتراك فى الملكية ولذلك لايجوز للقضاء المصرى أن يقر قيام هذا النوع من الاشتراك على الأموال التى يملكها الأزواج الفرنسيون فى مصر .

وتفصيل ما تقدم أن الملكية الشائعة تقوم على فكرتين جوهريتين : الأولى تملك كل شريك فى الشيوع لحصته ملكية فردية أو حاجزة ، ولذلك يملك المشتاع أن يبيع حصته وأن يتصرف فيها بمفرده ، والثانية أن كل شريك فى الشيوع يملك فى كل جزئية من جزئيات المال الشائع نصيبا يعادل حصته .

وهاتان القاعدتان لانظير لها فى مال الزوجية المشترك فهذا المال يعتبر مملوكا للزوجين معا بحيث لايستطيع أيهما أن يقرر أنه يملك حصة فيه ، فالملكية لهما مشتركين لامنفردين يختص كل منهما بحصة من الحصص .

ثم أنه يلاحظ أن ادارة المال الشائع تقتضى فى الأصل اجماع الشركاء المشتاعين أو على الأقل وفقاً لاحكام التقنين الجديد تراضى أغلبية الشركاء ؛ أما مال الزوجية المشترك فيستقل الزوج بادارته والانتفاع به دون تدخل من الزوجة . ثم أن الأصل فى الشيوع أنه وضع مؤقت ، فلكل شريك أن يطلب الخروج من الشيوع من طريق القسمة ، إلا إذا وجد اتفاق يقضى بغير ذلك ، ومثل هذا الاتفاق لايجوز أن يقيد المشتاع أكثر من سنوات خمس ، أما الاشتراك فى أموال الزوجية فهو وضع دائم يبقى قائما ما بقيت الزوجية قائمة ، فلا يجوز الاتفاق على توقيعه ولا يجوز الخروج منه بالتراضى إعمالا لقاعدة عدم جواز تعديل مشارطات الزوجية .

هذا ويختلف الاشتراك فى الأموال عن ملكية الشركات لأموالها ، ففى الشركة يبغى الشركاء من نشاط الشركة تحقيق ربح ، أما فى نظام الاشتراك فى أموال الزوجية فليس المقصود هو تحقيق الربح وانما المقصود بذلك هو الانفاق على شئون الزوجية وتربية الأولاد والقيام على مستقبلهم ، وهذا غرض يختلف كل الاختلاف عن أغراض الشركة . ثم إن دائن الشركة لايستطيع أن يقتضى دينه من أموال الزوج الخاصة .

ولهذا رأى البعض أن يقرب ما بين الاشتراك فى مال الزوجية وبين ملكية الجمعيات أو ملكية الأشخاص المعنوية بوجه عام ، واذا كان فى القانون الفرنسى ما يوحى بامكان هذا التقريب إلا أن الفقه والقضاء مستقران بقدر استقرار التقاليد القديمة على نفى فكرة الشخصية المعنوية ، وسند هذا النفى أن التشخيص المعنوى يؤدئ الى وجود ذمة منفصلة للزوج وذمة منفصلة للزوجة وذمة منفصلة تتكون من المال المشترك . وفصل الذمم هذا يترتب عليه استقلال الكيان المادى لكل من الزوجين مع أن المقصود بتنظيم أموال الزوجية هو اخضاع الزوجين لكيان مالى واحد بعد أن أصبحا بحكم الزوجية يخضعان لكيان روحى واحد .

ولهذا حرصت محكمة النقض الفرنسية على تأكيد وحدة الغرض من رباط الزوجية ولم تر فى سبيل هذا التأكيد أن تفرق بين مال مشترك ومال غير مشترك ؛ فأموال كل من الزوجين تخصص بحكم تملك أحدهما أو الآخر لها لأغراض الزوجية كذلك ، ولا يمكن أن تجرد من هذا التخصيص وإن لم يكن تخصيصها معادلا من حيث الظهور لتخصيص المال المشترك ، فالرأى فى القضاء الفرنسى أن المال المشترك لايتمتع بشخصية معنوية ولذلك يسوغ لدائن الزوج أن ينفذ على المال المشترك كما يسوغ له أن ينفذ على مال الزوج الخاص ، وهذه هى المسألة الجوهرية التى يقف عندها الفقه الفرنسى .

ويلاحظ أخيراً أن المال المشترك يختلف عن ملكية اليد المشتركة التى ظهرت فى ألمانيا ، فهذه الملكية تقوم على فكرة تخصيص الذمة وتجعل المال المشترك خاضعا فى التصرف ليد الشركاء جميعا وليس هذا هوشأن مال الزوجية المشترك ، إذ أن للزوج أن ينفرد بالتصرف فيه على الوجه الذى تقدم بيانه .

ولهذا يعتبر نظام الاشتراك فى الأموال نظاما من نوع خاص يستقل عن النظم التى تقدم ذكرها ، وإن كان ينطوى فى بعض وجوهه على معان يمكن أن تصادف بصورة أو أخرى فى تلك النظم .

وسنتناول فيما يلى مسألتين أساسيتين ، الأولى : نطاق الأموال المشتركة والأموال الخاصة بكل من الزوجين ، والثانية : سلطات الزوج على الأموال المشتركة .

(أولا) نطاق الأموال المشتركة والأموال الخاصة :

تناول القانون الفرنسى نظام الاشتراك فى الأموال فى المواد ١٣٩٩ وما بعدها وقد قررت المادة ١٣٩٩ أن نظام الاشتراك، سواء منه القانونى والاتفاقى، يبدأ من يوم عقد الزواج أمام مأمور الحالة المدنية ولا يجوز الاتفاق على تحديد موعد آخر لبدء سريانه. ويتضح من هذا النص أن القانون الفرنسى يفرق بين الاشتراك القانونى والاشتراك الاتفاقى ؛ فالأول هو الذى يخضع لأحكام القانون ولو سكت العاقدان عن تنظيمه، أما الثانى فهو الذى يتفق فيه الزوجان صراحة على اتباع نظام الاشتراك ويضعان فيه من التفاصيل ما يقع عليه التراضى فيما بينهما. وفى ظل النظام الاتفاقى يكون للزوجين أن يضيقا أو يوسعا من نطاق الأموال المشتركة وفقا لما يتفقان عليه فى مشارطة الأموال الزوجية، فإن سكتا اتبع النظام المقرر فى القانون. وسنقتصر على دراسة النظام المقرر فى القانون، ومن المفهوم أن ذلك لاينفى أن ثمة مشارطات توسع أو تضييق من حدوده.

وقد تضمن القانون الفرنسى قاعدة عامة فى شأن النظام القانونى فقضى فى المادة ١٤٠٠ بأن نظام الاشتراك الذى يتقرر بمجرد التصريح بأن الزوجين يتزوجان فى ظل نظام الاشتراك أو الذى يترتب عند عدم وجود مشارطة أموال الزوجية، يخضع للقواعد الواردة فى الفصول الستة التالية. ويتناول الفصل الأول بيان ما تتكون منه الأموال المشتركة من الناحية السلبية والناحية الايجابية أى بيان ما يكون مملوكا من أموال مشتركة وما يعتبر ديونا مشتركة يجب الوفاء بها من تلك الأموال. ولذلك ينبغى أن نتناول دراسة الأموال الداخلة فى الاشتراك ثم الأموال الخاصة بكل من الزوجين وأخيرا الديون المشتركة.

(ثانيا) الأموال الداخلة فى الاشتراك :

توجد قرينة يقرها القانون الفرنسى مؤداها أى الأصل فى أموال الزوجين فى ظل نظام الاشتراك هو دخول المال فى هذا الاشتراك إلا أن يثبت العكس، وهذه القرينة مقررة فى المادة ١٤٠٢ التى تقضى بأن كل عقار يعتبر مالا طارئا ويدخل فى الأموال المشتركة مالم يثبت أن أحد الزوجين كان مالكا له أو حائزا له فى تاريخ سابق على الزواج أو أنه آل إلى أحدهما بالميراث أو الهبة بعد ذلك.

فالأصل كما هو واضح من القاعدة التى طبقها النص فى شأن العقارات أن يعتبر المال مشتركا مالم يثبت العكس ، ويدخل فى الأموال المشتركة مايأتى :

(ا) المنقولات سواء منها ماكان موجودا وقت الزواج أوجدت ملكيته بعد ذلك .

(ب) العقارات التى تؤول إلى أحد الزوجين بعقد من عقود المعارضة أثناء الزواج .

(ج) ايرادات وثمار الأموال الخاصة بكل من الزوجين والخاصة بداهة بالأموال المشتركة .

(د) دخل الزوجين من عملهما .

١ ـ المنقولات : نصت المادة ١٤٠١/١ على أن « الأموال المشتركة تتكون أولا جميع المنقولات التى يملكها الزوجان وقت انعقاد الزواج وكذلك المنقولات التى تؤول إليها خلال الزواج ولو بطريق الميراث أو الهبة مالم يشترط الواهب غير ذلك ». ويتضح من هذا النص أن جميع المنقولات التى يملكها الزوجان قبل الزواج أو تؤول اليها بعد ذلك تعتبر جزءا من الأموال المشتركة . وقد أشير من قبل إلى أنه يستثنى من ذلك المنقولات الموهوبة بشرط عدم ادخالها فى الأموال المشتركة ، فإذا كان الواهب يملك التبرع فهو يملك من باب أولى أن يتبرع بشرط عدم ادخال المال الموهوب فى نطاق الاشتراك ، ويعتبر الشرط صحيحاً فى هذه الحالة ، ويكون المنقول الموهوب على هذا الوجه خارجا عن نطاق الاشتراك . وقد تساءل الفقهاء على علة تسامح القانون الفرنسى فى ادخال المنقولات جميعا فى نطاق الأموال المشتركة ، وبدأ الشك يساور الفقه والقضاء بالنسبة إلى التفسير التقليدى لهذه القاعدة . فقديما قيل أن هذا التفسير ينحصر فى تفاهة قيمة المنقول، ولكن الواقع أن التطور الحديث جعل للثروة المنقولة شأنا يفوق شأن الثروة العقارية ، ولهذا اتجه الرأى فى فرنسا إلى التضييق من مفهوم اصطلاح المنقول وبذلت محاولات شتى لقصر مفهوم الاصطلاح على المنقولات المادية ؛ ولكن محكمة النقض الفرنسية وقفت فى سبيل هذه المحاولات واستقرت على أن المقصود بالمنقول هو كل منقول مادى وكل حق

معنوى آخر لايكون من قبيل ملكية العقار أو الحقوق العينية العقارية . وبذلك يدخل فى اصطلاح المنقول حقوق الدائنية أو الديون المترتبة لأحد الزوجين على الغير ، وتدخل الأوراق المالية من أسهم وسندات ، بل ويرى البعض ادخال الحقوق المسماه بالملكية الأدبية كحقوق المؤلفين ومن اليهم .

إلا أن الاتجاهات الفقهية أسفرت عن تعديل طفيف أفضى بوجه خاص الى ترجيح الرأى القائل بعدم ادخال الملكية المعنوية كحق المؤلف فى نطاق الأموال المشتركة والاقتصار فى شأنها على ادخال ريعها فى نطاق الاشتراك . ولعل مما يوجه هذا الرأى أن حقوق الملكية المعنوية تتم بطابع شخصى يجعل من العسير فصلها عن شخص المالك .

٢ ـ العقارات : يدخل فى الأموال المشتركة كل عقار يكتسب بسبب غير الأرث أو التبرع أثناء قيام الزوجية ، والحكمة فى ذلك أن ما يكتسب من الأموال أثناء قيام الزوجية بعقد من عقود المعاوضة يفترض فيه أنه قد اكتسب بفضل تعاون الزوجين ولذلك يدخل مثل هذا المال فى نطاق الأموال المشتركة تمشيا مع هذا الأصل . وبديهى أن ما يصدق على العقار يصدق من باب أولى على المنقولات فكل منقول يكتسب بسبب من أسباب المعاوضة يدخل كذلك فى نطاق الأموال المشتركة وبديهى أن القاعدة بالنسبة للمنقول تطرد وتسرى كما تقدم حتى فى شأن المنقولات التى تكتسب بسبب من أسباب التبرع ما لم يكن المتبرع قد اشترط صراحة أن يظل المنقول ملكا خالصا لمن تم التبرع لصالحه .

٣ ـ ثمار الأموال المشتركة وثمار أموال الزوجة الخالصة : ويدخل كذلك فى نطاق الأموال المشتركة ثمار وريع الأموال المشتركة وكذلك ثمار وريع أموال الزوجة الخالصة ، والحكمة فى ذلك أن الزوج يصير صاحب حق انتفاع بالنسبة الى الأموال الخالصة ، وهو صاحب حق فى الملك المشترك بالنسبة إلى الأموال المشتركة ، ولهذا رؤى أن يكون ريع الأموال جميعا وثمارها من قبيل المال المشترك أثناء قيام الزوجية .

٤ ـ دخل الزوجين من عملهما : ودخل الزوجين من عملهما أيا كان نوع هذا العمل يعتبر داخلا فى الأموال المشتركة اذ المفروض ـ ولا سيما فى العصر الحديث ـ أن دخل كل من الزوجين من عمله يحبس على أغراض الحياة الزوجية ، ولذلك يدخل دخل الزوج من عمله فى نطاق الأموال المشتركة أيا كان قدره وأيا كان مصدره ، وكذلك الشأن فيما يتعلق بدخل الزوجة من عملها إلا أن يكون هذا الدخل ناشئا عن حرفة أو صناعة معينة استقلت الزوجة بمباشرتها على الوجه الذى تقدم بيانه من قبل .

(ب) الأموال الخالصة :

توجد هذه الأموال إلى جانب الأموال الداخلة فى نطاق الاشتراك ، وهذه الأموال قد تكون حقا خالصا للزوجة وقد تكون حقا خالصا للزوج كما أنها قد تكون من العقارات وقد تكون من المنقولات .

وعلى هذا النحو نصادف فى الحياة الزوجية مجموعات ثلاث من الأموال :

الأولى : الأموال الداخلة فى ذمة الزوجة وحدها ، والثانية : الأموال المشتركة ، والثالثة : الأموال الداخلة فى ذمة الزوج وحده .

وسنتناول فيما يلى بيان ما يعتبر خالصا من الأموال لكل من الزوجين بادئين بالعقار .

العقارات الخاصة

فالعقارات التى تعتبر مالا خالصا لأحد الزوجين هى جميع العقارات التى كانت مملوكة لأحد الزوجين قبل الزواج والعقارات التى تؤول اليه بسبب الارث أو التبرع والعقارات التى يكتسب فيها حق الملك بسبب الالتصاق ، أى اضافة الملحقات الى الملك . كل عقار كان يملكه أحد الزوجين قبل الزواج يظل ملكا خالصا له فلا يدخل فى الأموال المشتركة ؛ ويقصد بذلك كل مال من الأموال تحقق سبب الملك فيه قبل الزواج . وعلى هذا الأساس يدخل فى الملك الخالص كل عقار وهب لأحد الزوجين قبل الزواج أو آل اليه بطريق الميراث أو بعقد من عقود المعاوضة قبل الزواج ، وكذلك الشأن فى كل عقار

يتم فيه الملك على أساس تقادم بدأ قبل الزواج ولو أن مدة التقادم لم تكمل إلا بعد الزواج ، وكذلك كل عقار يكون حق الملك فيه قد ثبت بناء على شرط واقف تحقق بعد الزواج وإن كان قد شرط من قبل ، وكذلك كل عقار كان محلا لتصرف سبق الزواج وابطل بعد قيامه .

وقد قررت هذه القاعدة المادة ١٤٠٤ فى فقرتها الأولى اذ نصت على أن " العقارات التى يملكها كل من الزوجين وقت الزواج أو التى تؤول إليه فيما بعد بسبب الميراث لاتدخل فى نطاق الأموال المشتركة " . والنص بوصفه هذا يستثنى الأموال التى يكون حق الملك ثابتا فيها وقت الزواج من نطاق الأموال المشتركة ، ومن طريق التوسع ادخل فيه كل مال كان سبب الملك فيه سابقا على الزواج . إلا أن فروضا عرضت واثارت قسطا غير قليل من الخلاف وهذه الفروض تتصل بالأموال التى يكون لأحد الزوجين فيها نصيب شائع . فلو فرض أن أحد الزوجين كان يملك نصيبا على الشيوع فى عقار أو كان يملك على الشيوع نصيبا فى تركة تشتمل على عقارات ومنقولات ، فما هو مصير هذه الأموال عند تملك الزوج لانصبة الشركاء الآخرين أو عند انتهاء القسمة إلى اختصاصه بمال معين ؟ يفرق فى هذا الشأن بين التركات وغيرها . فإذا كان سبب الشيوع هو الميراث ثم آل إلى الزوج المشتاع مال فى القسمة اعتبر هذا المال مملوكا له من وقت الارث ودخل أو خرج تبعا لذلك نطاق الأموال المشتركة . فلو فرض مثلا أن سبب الارث طرأ بعد الزواج أو كان متحققا قبله ثم تمت القسمة فكان نصيب الزوجة عقارات فحسب ، ففى هذه الحالة لاتدخل العقارات فى نطاق الأموال المشتركة ولو أن من المفهوم أن ما حصلت عليه الزوجة من عقار كان يعادل نصيبها الشائع فى عقارات ومنقولات ، وكذلك الشأن فيما لو خرجت الزوجة من القسمة بقدر مفرز من المنقولات ، فهذه المنقولات تدخل فى الأموال المشتركة ولو أن من المفهوم أنها آلت إلى الزوجة باعتبار أنها مقابل النصيب الشائع فى العقار والمنقولات .

وتطبيق القاعدة على هذا النحو يعتبر تعبيراً عمليا عن قاعدة الأثر فيما بين الزوجين ، ويطبقانه تطبيقاً دقيقاً ويعنيان بهذا التطبيق أن ما يؤول إلى المتقاسم من مال يعتبر مملوكا له وقت القسمة ويعتبر مملوكا له من قبل وكأن لم يسبق عليه ملك لأحد سواه .

والصورة الثانية هى الصورة التى تملك فيها الزوجة نصيبا من مال شائع ، وفى هذه الحالة يفرق بين فرضين ، فأما أن تتقدم الزوجة وتشترى نصيب شركائها الآخرين واما أن يباع المال باسره فيرسو مزاده على الزوجة ، وفى كلتا الحالتين تعتبر الزوجة مالكة للمال بأسره ويعتبر هذا المال استثناء من القاعدة العامة ملكا خالصا لها على أن تلزم بأن تؤدى للمال المشترك تعويضاً عما أخذته منه لتملك القدر الزائد عن نصيبها .

وفى فرض ثان يتقدم فيه الزواج لشراء المال المشتاع بأسره ، أثير خلاف فيما إذا كان هذا المال يعتبر مالا مشتركا أو مالا خالصا . فلو طبقت القواعد العامة لوجب أن يعتبر مثل هذا المال مالا مشتركا إذ أنه اشترى بعوض أثناء قيام الزوجية ، ولو طبقت القواعد المتعلقة بوجوب رعاية الأموال العائلية والاحتفاظ بها للأسرة القديمة لوجب أن يعتبر المال خارجا من نطاق الاشتراك داخلا فى ملك الزوجة الخالص . إلا أن القانون أقر للزوجة حقا عند انتهاء الاشتراك فى أن تختار بين اثنتين ، فأما أن تتملك المال هى وتؤدى تعويضاً لكتلة الأموال المشتركة ، وإما أن تترك المال لكتلة الأموال المشتركة وتقتضى منه — أى من هذه الكتلة — تعويضاً عن نصيبها فى الملك الشائع .

وعلى أساس هذا الخيار قيل أن الراجح هو أن يعتبر مثل هذا المال غير داخل فى الاشتراك. وللمسألة أهميتها من الناحية العملية فالحل المتبع وإن فتح أمام الزوجة هذين الخيارين إلا أنه يجعل مثل هذا المال غير داخل فى الاشتراك فى حقيقة الأمر .

ويأتى بعد ذلك من العقارات ما يؤول إلى أحد الزوجين بسبب الميراث أو التبرع أثناء قيام الزوجية ، فالأول لايدخل فى الأموال المشتركة ابقاء على ما يسمى بتراث الأسرة أو التراث العائلى ، والثانى لايدخل فى الأموال المشتركة تمشيا مع قصد الواهب إذ أن للواهب أن يهب فإذا أراد أن يجعل المال مشتركا بين الزوجين لصرف الهبة إليهما معا لا إلى أحدهما ؛ والواقع أنه لو تمت الهبة لمصلحة الزوجين معا لترتب على ذلك دخول المال الموهوب فى الملك المشترك . أما حيث يفرد الواهب أحد الزوجين بهبته فهو بهذا يقصد من هبة العقار أن يكون ملكا خالصاً لمن آثره بقدر الهبة . ولهذه العلة عنى القانون

الفرنسى فى نصوصه بالتنويه بأن مايخرج من الأموال المشتركة هو هبة العقار لواحد من الزوجين وبهذا دل على أن الهبة التى تتم للزوجين معا تدخل فى المال المشترك .

هذا ويخرج الفقهاء من المال المشترك كل عقار يتم التنازل عنه من أحد الأصول لفرع إذا كان التنازل قد تم وفاء لدين على المتنازل للمتنازل له أو للغير . ويقصد بذلك اخراج صورة معينة من صور المعاوضات لعلة خاصة تتصل بالإبقاء على التراث العائلى ، ولو أنها تنطوى عن خروج على القواعد العامة ، لأن التنازل عن عقار من العقارات فى مقابل دين لايعدو أن يكون صورة من صور المعاوضات ؛ فكان من الواجب أن يعتبر تملك العقار على هذا الوجه تملكا مكسبا للملكية بعوض وكان من الواجب أن يفضى هذا التملك الى دخول هذا العقار فى الملك المشترك . ولكن هذه الصورة بذاتها استثنيت تبريراً للاستثناء أن قواعد الميراث كانت تفضى إلى انتقال العقار إلى المتنازل اليه مع الدين ، فكأن التنازل فى هذه الحالة هو تحقيق معجل لسبب من أسباب الأرث . والظاهر أن هذا الحل يستند إلى التقاليد أكثر من استناده إلى الحجج المنطقية .

وعلى هذا النحو يلاحظ أن فكرة الابقاء على تراث الأسرة هى الفكرة التى تسيطر على اخراج العقارات المتقدم ذكرها من نطاق الاشتراك .

الا أنه يوجد إلى جانب ذلك فكرتان أخريان تبرران اخراج العقار من نطاق الاشتراك : احداهما فكرة الحلول العينى والثانية فكرة الالتصاق أو إضافة الملحقات إلى الملك .

فنى الحلول العينى يعتبر كل استعمال أو استثمار لمال خالص مفضيا الى حلول العقار الذى اشترى بالمال الخالص أو استثمار المال الخالص محل هذا المال . ويقع الاستعمال حيث يكون المال الخالص مبلغا من النقود يشترى به العقار فلو اشترت الزوجة من مال خالص من النقود عقاراً ، أضحى هذا العقار مالا خالصا ؛ إذ يحل محل النقود التى كانت تعتبر من الأموال الخالصة .

ويتحقق الاستثمار فيما لو بيع المال الخالص منقولا كان أو عقاراً وقامت الزوجة بشراء عقار بالثمن الذى حصلت عليه من جراء البيع ، فنى هذه الحالة يحل العقار محل المال الخالص المبيع ويصبح العقار بدوره مالا خالصا .

فى هاتين الصورتين يتحقق الحلول العينى . وقد أشرنا من قبل إلى الاجراءات التى تتبع فى شأن ضمان هذا الحلول عند الكلام عن مال البائنة ، ولهذا يعتبر تنظيم الروابط المالية بين الزوجين أخصب نطاق لتطبيق فكره الحلول العينى .

وأخيراً يخرج من نطاق الأموال المشتركة كل عقار يثبت لأحد الزوجين فيه حق من جراء التصاقه بعقاركان يملكه هذا الزوج ملكا خالصا ، كما لو كانت الزوجة تملك أرضا ملكية خالصة فبنى فيها شخص آخر بأدوات من عنده ، فى هذه الحالة يصبح البناء مملوكا للزوجة ولكن تلزم الزوجة بأن تؤدى لمالك الأدوات تعويضاً يتفاوت قدره بتفاوت حسن النية وسؤها . ومجرد التصاق عقار بعقار الزوجة أومنقول بعقارها يجعل المال الذى التصق مملوكا لها ، ويكون حكمه حكم أصله فإن كان الأصل مالا خالصا كان ما التصق به من الأموال الخالصة كذلك . إلا أن تملك الزوجة للمال الذى يلتصق بملكها الخالص لايمنع من الزام الزوجة بأن تؤدى لكتلة الأموال المشتركة تعويضاً معادلا لما حصلت عليه فى سبيل تملك ما أضيف إلى مالها الخاص .

المنقولات الخاصة

هذه هى العقارات التى لا تدخل فى المال المشترك وتعتبر ملكا خالصا لكل من الزوجين ، إلا أن الملك الخالص قد يتناول المنقول ، فمن المنقولات ما يعتبر ملكا خالصا بسبب طابعه الشخصى ، مثال ذلك ما يكون مخصصاً للاستعمال الشخصى البحت لكل من الزوجين ، وكذلك ما يكون متصلا بذكرياتهما العائلية كالرسائل والتذكارات القديمة وصلات الوالدين أو الأصدقاء أو ذوى القربى بوجه عام .

ويخرج من المال المشترك كذلك كل منقول يوهب أثناء قيام الزوجية ويشترط الواهب فيه أن يبقى بمعزل عن الأموال المشتركة . ويخرج كذلك كل تعويض يحصل عليه أحد الزوجين بسبب حادث وقع له ، يستوي فى هذا أن يكون الضرر ماديا أو معنويا .

ويخرج من نطاق الاشتراك أيضا المنقولات التى تتمثل فى قيمة تأمين يؤدى لأحد الزوجين بعد موت الآخر . وأخيراً يخرج من نطاق الاشتراك كل منقول حل حلولا عينياً محل مال من الأموال الخالصة ، وكل منقول لايلحق به وصف الثمرات كالكنز الذى يوجد فى عقار والمعادن التى تستخلص من المناجم والأخشاب التى تجتث من الغابات ، وكذلك الأسهم الاضافية التى تؤول إلى صاحب الأسهم الأصلية من طريق إضافة الاحتياطات إلى رأس المال لشركة من الشركات، وجوائز النصيب التى تؤول إلى السهام والسندات . فهذه الأموال جميعا تعتبر من المنقولات ولو كانت منتزعة من عقار ولا تدخل فى نطاق المال المشترك ، لأنها لا تعتبر من قبيل الثمار التى تدخل فى الأموال المشتركة ، باعتبار أن كتلة هذه الأموال تملك حق الرقبة وحق الانتفاع بالنسبة إلى كل ما يدخل فيها ، كما تملك حق الانتفاع بالنسبة إلى الأموال الخالصة للزوجة .

(ج) الجانب السلبى فى الأموال المشتركة (الديون)

يوجد نوع من أنواع التقابل بين الجانب الإيجابى والجانب السلبى فى الأموال المشتركة ، ويتضح هذا التقابل من عرض أنواع الديون المشتركة.

فأول نوع من هذه الأنواع هو ديون المنقولة السابقة على الزواج ، هذه الديون تتحمل بها الأموال المشتركة وتدخل فى الجانب السلبى لهذه الأموال ، ذلك أن المنقولات وهى الجانب الايجابى تعتبر مالا مشتركا ، ويلاحظ فى شأن الديون السابقة على الزوجية أن أهميتها العملية لا تعرض إلا بالنسبة إلى ديون الزوجة ، أما ديون الزوج فلا تثير إشكالا ، لأن ديون الزوج سواء أكانت سابقة على الزواج أم لاحقة له تدخل فى الجانب السلبى للأموال المشتركة . ولما كان للديون السابقة على الزوجية تلك الأهمية البالغة بالنسبة إلى الزوجة ، فقد اشترط القانون لإدخال هذه الديون فى الاشتراك أن يكون تاريخها ثابتا أو تكون محررة بعقد رسمى قبل الزواج ، ولا يستثنى من ذلك إلا الديون التى يجوز اثباتها بغير كتابة والديون التى يسلم الزوج بأنها نشأت قبل الزوجية . فالأولى تدخل فى الجانب السلبى للمال المشترك إذا أقام الدائن الدليل على أسبقية الدين

على الزواج من طريق تحقيق يثبت فيه صحة الإدعاء بطرق الاثبات المقررة لاقامة الدليل على وجود الدين ، والثانية تدخل فى الجانب السلبي على أساس أن الزوج أقر بواقعة اسبقيتها على الزواج .

والطائفة الثانية هى ديون الزوج سواء أكانت متعلقة أم غير متعلقة بالمال المشترك ؛ فكل دائن للزوج يعتبر دائنا للمال المشترك ويكون ضمانه شاملا لأموال الزوج الخاصة وأموال الزوجية المشتركة ، وكل دائن للمال المشترك يعتبر دائنا للزوج باعتبار أن هناك اتحادا بين ذمة الزوج وبين الأموال المشتركة .

ويلاحظ أن الديون التى تترتب على الزوج بسبب عقوده أو أفعاله الضارة أو بسبب اثرائه تدخل جميعا فى نطاق الديون المشتركة . ولا يعتبر دينا مترتبا فى ذمة الزوج وحده وخارجا بذلك عن نطاق الديون المشتركة إلا الغرامات التى يحكم بها على الزوج والتعهدات التى تصدر منه بتقديم بائنة ، إذا كانت هذه التعهدات قد اشترط تنفيذها من مال الزوج الخاص .

والطائفة الثالثة هى طائفة الديون التى تعقدها الزوجة فى حدود خاصة ، وأول هذه الحدود هو النيابة أو الاشتراك مع الزوج أو مصادقة الزوج . فديون الزوجة التى تعقدها بوصفها نائبة عن الزوج تعتبر من قبيل الديون المشتركة ، والنيابة هنا نوعان ، فإما أن تكون النيابة صريحة بمقتضى توكيل خاص ، وهذا النوع لا يثير إشكالا لأن الدين يعتبر معقوداً باسم الأصيل وهو الزوج ؛ وأما أن تكون النيابة ضمنية تستخلص على سبيل الاقتضاء ، وهذه هى النيابة المنزلية أو العائلية . وهذه النيابة تكون قاصرة على الشئون المنزلية ؛ فالزوجة تعتبر فى الأصل نائبة عن زوجها فى الشئون المنزلية وكل دين تعقده لتدبير هذه الشئون يكون دينا مشتركا ، إلا إذا عزل الزوج زوجته عن هذه النيابة وأنبأ الغير بذلك ، لأن الأصل أن النيابة تكون حجة لمصلحة الغير مالم يثبت علمه بتجريد الزوجة منها . ويقصد بالشئون المنزلية تدبير الطعام والمسكن والملبس والعلاج ونفقات الدراسة وما إلى ذلك . وهذا النوع من الديون سواء تم على أساس النيابة الصريحة أم النيابة الضمنية يعتبر معقوداً لحساب الزوج من طريق التطبيق للقواعد العامة .

وقد تعقد الزوجة ديونا بالاشتراك مع الزوج ، إما على سبيل التضامن وإما على سبيل الاشتراك ، وفى هذه الحالة يفترض أن الدين مشتركا إن كان على سبيل التضامن أى داخلا فى الأموال المشتركة وإن كانت الزوجة تعتبر فى الأصل كفيلة بالنسبة إلى زوجها فى هذا النوع بمعنى أنها تملك الرجوع بكل ما أدته على الزوج ، وإن كان الدين مشتركا فيكون كذلك داخلا فى الديون المشتركة وإن كانت لا تسأل إلا عن نصيبها فيه .

وقد تعقد الزوجة الدين بموافقة زوجها ، وفى هذه الحالة يدخل الدين فى الأموال المشتركة .

ومن هذا يتضح أن هناك حدوداً تستطيع فيها الزوجة أن تلزم المال المشترك بوصفها نائبة عن زوجها أو من طريق اشتراكها معه أو حصولها على موافقته . ولكن هناك صوراً أخرى تستطيع فيها الزوجة أن تلزم المال المشترك وهذه الصور كانت ضئيلة فى الماضى ولكنها اتسعت بعد تعديل التشريع الفرنسى فى سنة ١٩٤٢ . ومن أهم هذه الصور أن الديون التى تعقدها الزوجة التى تباشر حرفة معينة تعتبر داخلة فى الديون المشتركة ، وكذلك الديون التى تؤول اليها من تركات منقولة ، فهى تدخل فى الأموال المشتركة تبعا لدخول المنقولات التى كانت تجمعها وإياها وحدة التركة .

وقد يبدو غريبا أن تعتبر الديون الناشئة عن مباشرة الزوجة لتجارة أو حرفة ديونا مشتركة ، ولكن هذا الحكم يرجع إلى أسباب تاريخية واجتماعية فى آن واحد ؛ وقديما كان يشترط لمباشرة الزوجة لحرفة أو تجارة صدور إذن من الزوج ، وقد اعتبر صدور هذا الاذن بمثابة ترخيص لها بالاستدانة على وجه يجعل الدين مشتركا . وعندما قرر التشريع للمرأة أهلية كاملة لم يشترط الاذن لمباشرة الزوجة لتجارة أو حرفة معينة وانما اشترط الا يعارض الزوج فى مباشرة زوجته لحرفة أو تجارة معينة ، فان لم يعارض اعتبر اذنا .

ومن ناحية أخرى يراعى أن أعتبار الديون التى تعقدها الزوجة فى هذه الحالة ديونا مشتركة يجعل ائتمان الزوجة متينا باعتبار أن لدائنيها حق

الرجوع على أموالها وعلى الأموال المشتركة وعلى أموال الزوج تبعا لذلك ، وفى هذا كله مايعين الزوجة على التوفيق فى تجارتها أو حرفتها . ومن الواضح أن الأسرة تفيد من نشاط الزوجة فى هذا النطاق .

وأخيرا يعتبر من قبيل الديون المشتركة كل دين تعقده الزوجة للانفاق على الشئون المنزلية ، وقد تقدم بيان المقصود بالشئون المنزلية .

وكل دين تعقده الزوجة فى غير تلك الحالات أو بوجه عام فى غير الحالات التى يبيح فيها القانون اعتبار الدين مشتركا يعتبر دينا خاصا بالزوجة ينفذ على حق الرقبة فى أموالها الخاصة لأن لكتلة الأموال المشتركة حق انتفاع فى هذه الأموال ، ومن قبيل الديون الخاصة مثلا ماتعقده الزوجة من ديون لصيانة أموالها الخاصة أو لاقتناء مال خاص أو مايترتب فى ذمة الزوجة من دين بسبب غرامات جنائية غير متصلة باستغلالها أو بانتفاعها بالأموال المشتركة .

على هذا النحو نكون قد انتهينا من عرض فكرة المال الخالص والمال المشترك فى جانبيهما الايجابى والسلبى فى الأموال ، ولايبقى بعد هذا الا أن نتناول تعيين ماللزوج من سلطات على الأموال فى ظل هذا النظام .

(ثانيا) سلطات الزوج فى ظل نظام الاشتراك :

تتفاوت سلطة الزوج فى ظل نظام الاشتراك تبعا لما اذاكان المال مشتركا أم محتفظا به للزوجة أم مالا خالصا له :

١ — **الأموال المشتركة** : يعتبر الزوج رئيسا لكتلة الأموال المشتركة وهو يملك بحكم هذه الرياسة سلطة تكاد تكون مطلقة . فهو يقوم أولا بادارة هذا المال بأوسع ماينطوى عليه اصطلاح الادارة من معنى . فيقوم باستثماره وتوظيفه واستغلاله . ويقبض الريع والثمار ، ويعقد جميع عقود الادارة ويرفع جميع الدعاوى المتعلقة بالمال المشترك سواء أكانت من الدعاوى المنقولة أم من الدعاوى العقارية .

ويملك الزوج إلى جانب سلطة الادارة سلطة التصرف فى المال المشترك فيستطيع الزوج أن يبيع هذا المال أو أن يرهنه أو أن يتصرف فيه بأى وجه آخر من وجوه التصرفات بين الاحياء ؛ ولا يرد على سلطان الزوج قيد الا بالنسبة إلى الهبات. بل ان للزوج أن يتصرف فى المال المشترك تصرفات مضافة إلى مابعد الموت ، فله أن يوصى بنصيبه فى المال المشترك بوصفه كتلة مشتركة وله أن يوصى بمال خاص من الأموال المشتركة ، فان وقع هذا المال بعد موت الموصى فى حصته عند القسمة كانت الوصية نافذة ، وإن وقع على العكس من ذلك فى نصيب الزوجة كان للموصى له أن يرجع على ورثة الموصى بقيمة الوصية .

أما بالنسبة للتبرعات فقد كان القانون القديم لايجيز التبرع بالأموال المشتركة كجملة واحدة وانما رأى اجازة التبرع بمنقول معين بذاته على ماتقدم تفصيله من قبل ، ولكن التعديل الأخير فى القانون الفرنسى حرم الزوج من حق التبرع الا بموافقة الزوجة ؛ فاذا صدر التبرع من الزوجين كان صحيحا وان صدر من الزوج وحده كان باطلا بطلانا نسبيا ، بمعنى أن موافقة الزوجة تصححه . ويفرق عادة فى شأن التبرع لتأهيل الأولاد بين مايصدر عن الزوجين معا ، وفى هذه الحالة يفترض اشتراكهما فيه على سبيل التساوى ، ومايصدر من الزوج بموافقة الزوجة ، وفى هذه الحالة يفترض أنه يخرج من نصيب الزوج فى المال المشترك ، الا إذا اتفق على غير ذلك .

ومن كل ما تقدم يتضح أن للزوج سلطات مطلقة بالنسبة للمال المشترك ، ويتضح مدى اطلاق هذه السلطات من موقف الزوج من ادارة هذه الأموال ، فالأموال المشتركة التى يتولى الزوج ادارتها لا يسأل فيها عن حساب عن هذه الادارة ، والزوج بوجه عام لا يقدم حسابا عن اعمال ادارته ولا عن اعمال تصرفه ؛ وكل ما هنالك أن القضاء استقر بطريق الاجتهاد على ابطال تصرفات الزوج التى تصدر عن قصده فى ادخال الغش أو التدليس على الزوجة ، اذ يوجد نص يقضى بأن التصرفات التى تصدر عن نية الغش أثناء قيام دعوى الطلاق لا تسرى فى حق الزوجة .

وقد وسع القضاء نطاق هذا النص فجعله شاملا للحالات الاخرى . ويقصد بنية الغش فى هذه الحالة نية الاضرار بالزوجة ؛ فان لم يثبت قصد الاضرار كان التصرف صحيحا ، ولو وضح أنه قد انصرف الى انفاق المال بدءا .

وفيما عدا هذا الاستثناء واستثناء آخر يتعلق بأموال معينة يسأل الزوج عن وجودها فى كتلة الاموال المشتركة ، تظل سلطات الزوج على اطلاقها غير مقيدة بقيد .

٢ — الأموال المحتفظ بها : اعتبر القانون الفرنسى دخل الزوجة من عملها مالا محتفظ لها به ، بمعنى أن الزوجة تملك هذا المال من حيث حق الادارة وتملك التصرف فيه فى حدود خاصة . ويعتبر مالا محتفظا به دخل الزوجة من عملها وما تقتصده من هذا الدخل وما تشتريه الزوجة بهذا الدخل . والمال المحتفظ به تستقل الزوجة بادارته ولكنه يكون داخلا فى المال المشترك . وللزوجة الى جانب حق ادارة المال المحتفظ به لها حق التصرف فى هذا المال ، ولها أن ترفع الدعاوى المتعلقة به ، ومركز المال المحتفظ به يعتبر وسطا بين مركز المال المشترك ومركز المال الخاص . فالمال المحتفظ به يدخل فى الاموال المشتركة من حيث انفراد الزوجة بادارته وهو بهذا يختلف عن المال الخالص ، لان هذا الأخير يقوم الزوج بادارته ولكنه يخرج من نطاق الأموال المشتركة .

٣ — المال الخالص : أما فيما يتعلق بأموال الزوجة الخالصة ، فالزوجة هى التى تملك هذه الاموال ولكن لكتلة الاموال المشتركة حق الانتفاع بهذه الاموال ويتفرع على ذلك أن يكون للزوج حق ادارة الاموال الخالصة للزوجة بيد أن الزوج يلزم بتقديم حساب عن هذه الادارة بعكس الحال بالنسبة الى ادارة الاموال المشتركة .

على أن للزوج أن ينيب زوجته عنه فى ادارة المال الخالص ، ولا سيما أنها هى التى تستقل بملكيته . وقد يقع أن يجاوز الزوج حدود سلطاته بالنسبة الى المال الخالص ، فهو لا يملك مثلا حق التصرف فى هذا المال ، فان تصرف فيه وجب أن نفرق بين صورتين : فهو إما أن يتصرف فيه

مع انباء المشترى أن المال مملوك للزوجة ملكية خالصة ، وفى هذه الحالة لا يكون الزوج ضامنا فى مواجهة المشترى ، اذ يكون قد تصرف بوصفه وكيلا ، ولا يكون على الزوجة ضمان ، اذ ان الزوجة تنكر هذه الوكالة وتدعى أنه كان من واجب المشترى أن يتثبت من قيامها ، وكل ما يكون للمشترى هو أن يرجع بدعوى الثمن أو بدعوى التعويض على الزوج ويعتبر الدين فى هذه الحالة مشتركا .

وأما أن يبيع الزوج المال مدعيا أنه مالا له أو أنه من جملة الاموال المشتركة ، وفى هذه الحالة يكون الزوج ضامنا لاستحقاق المال ، واذا استمر الاشتراك بين الزوج والزوجة كانت الزوجة أيضا ضامنة للاستحقاق بحكم نصيبها فى المال المشترك ، الا أن ينحل الاشتراك أو ترفض الزوجة قبوله عند انتهاء الزوجية ، وفى هذه الحالة يختلف الحكم . بيد أن الاصل هو أن الزوج لا يملك التصرف فى مال الزوجة الخالص .

ما يحد من سلطات الزوج

هذه هى سلطات الزوج فى ظل نظام الاشتراك فى الأموال وهى كما يبدو سلطات واسعة ، إلا أن هذه السعة تعتبر سعة نظرية ، أما فى العمل فيخفف أو يحد من اتساع سلطات الزوج أولا حق الزوجة فى الرهن العام على الأموال . فهذا الحق يجعل الزوج دائما محتاجا إلى الحصول على رضاء الزوجة قبل التصرف فى الأموال المشتركة لكى تتنازل الزوجة عن حقها فى الرهن العام أو لكى تحل محلها فى هذا الحق من يشترى المال المشترك ، ويحد كذلك من اتساع سلطات الزوج على الأموال المشتركة النيابة الاتفاقية أو الضمنية التى توجد بين الزوجين ؛ فالزوجة قد تنوب عن الزوج صراحة فى إدارة المال المشترك وفى التصرف فيه كما أن لها أن تنوب عنه بمقتضى النيابة الضمنية فيما يتعلق بالشئون المنزلية ؛ كما أن للقضاء أن ينيب الزوجة عن الزوج كلما كان الزوج فى حالة لا يستطيع معها التعبير عن إرادة كما لو كان مقصوداً أو محجورا أو مسجونا أو أسيراً أو لغير ذلك من الأسباب المفصلة فى القانون .

وأخيراً تستطيع الزوجة أن تطلب فصل الأموال بمقتضى حكم قضائى ، وهذه ضمانة من الضمانات التى تحمى الزوجة من اتساع سلطات الزوج فى ظل نظام الاشتراك فى الأموال .

الباب الثاني

فى التشريع السويسرى

وضع القانون المدنى السويسرى فى سنة ١٩١١ ، فهو من هذه الناحية أحدث من القانون المدنى الفرنسى، ولهذا اتسع المجال أمام واضع القانون السويسرى للافادة من تجربة القانون المقارن فى هذا الشأن . فقد كان أمام واضع التشريع السويسرى النظام المتبع فى فرنسا وكان امامه النظام الذى تقرر فى القانون الألمانى ، وعلى هذا النحو أتيحت الفرص لواضعى القانون السويسرى فى المفاضلة بين النظم المختلفة كما اتيحت فرصة مقارنة هذه النظم المتبعة فى مقاطعات سويسرا المختلفة . ولهذا تناولت المناقشات الخاصة بوضع التشريع السويسرى المفاضلة بين المبادىء العامة فى نظم الزواج وحظت هذه المناقشات بعرض شامل للمبادىء المختلفة وأوجه الأفضلية وأوجه النقص فيها .

ولهذا اقيم التشريع السويسرى على مبادىء واضحة كان من السهل على الفقه أن يستخلصها ، وبعد أن ثبت أن واضع التشريع نفسه قد استرشد بها وجعلها أساسا لتشريعه .

وأول مبدأ من هذه المبادىء هو مبدأ حرية الاتفاقات الخاصة بنظم أموال الزوجية ، والمبدأ الثانى هو جواز تغيير نظام أموال الزوجية أثناء قيام الزوجية ، والمبدأ الثالث هو مبدأ الاحتكام أو الخضوع لنظام قانونى عند عدم الاتفاق على الاخذ بنظام معين. والمبدأ الرابع هو التوسع فى فكرة الاموال المحتفظ بها .

(أولا) حرية الاتفاق فى نطاق نظم أموال الزوجية :

كان واضع التشريع السويسرى بين اطلاق هذه الحرية وبين تقييدها تقييدا ينفيها نفيا باتا ، ولو أنه سلك السبيل الاول لكان فى وسعه أن يكتفى بوضع قاعدة مقتضبة تجعل للزوجين حرية مطلقة فى تكييف علاقتهما المالية وفقا لما يتم بينهما التراضي عليه . ولو أنه سلك السبيل الثانى لقنع بوضع

نظام قانونى لأموال الزوجية وفرض النظام فرضا باتا على الزواج ولا سيما أن مثل هذا المسلك كان مقررا فى بعض الولايات السويسرية ، ولكن واضع التشريع السويسرى سلك بين الاطلاق والتقييد مسلكا وسطا ؛ فلم يتطرف فيطلق الحرية دون أى تقييد ولم يسرف فيلزم الزوجين بنظام واحد لا قبل لهما بالتحول عنه ، ولهذا اختار أن يقرر حرية الاتفاقات الخاصة بنظام أموال الزوجية ، ولكن مع وضع قيود تكفل حسن استعمال هذه الحرية وصيانة المصالح التى قد تتأثر بها ، فمن المعلوم أن نظام أموال الزوجية يؤثر تأثيرا بليغا فى مصالح الزوجين ويؤثر كذلك فى حقوق الدائنين ، ولهذا قرر واضع التشريع كقاعدة عامة حرية الزوجين فى الاتفاق ولكن فى حدود القيود الآتية :

١ — أن الزوجين قد يغفلان تنظيم علاقتهما المالية اما لعدم وجود مال لديهما وقت الزواج ، واما لتفاهة قيمة هذا المال ، واما لاعراضهما عن التحدث فى العلاقات المالية عند انصرافهما الى انشاء الاتحاد الزوجى فى كنف الزوجية ، وقد رأى القانون أن يضع نظاما يطبق على الزوجين كلما سكتا عن اختيار نظام معين ، وهذا هو الذى يسمى بالنظام القانونى ، وهو نظام يعرف باسم نظام الأموال أو اجتماع الأموال . وفى حدود هذا القيد يلتزم الزوجان باتباع النظام القانونى كلما احجما عن اختيار نظام آخر . ويراعى ان هذا القيد ينطوى على قسط من التيسير ، ذلك أن المشرع لم يتطلب لسريان النظام القانونى اتخاذ أى اجراء معين ، وفى هذه الناحية يتضح مبلغ نزوع القانون السويسرى الى الحرية .

٢ — اذا اختار الزوجان نظاما اتفاقيا وجب لصحة مشارطة انشاء هذا النظام أن تفرغ هذه المشارطة فى الشكل الرسمى ، وأن يوقعها كل من الزوجين ، واشتراط الرسمية يعتبر ضمانا من ضمانات حماية المتعاقدين من طريق تنبيههما الى خطورة الاتفاق ، فضلا عن أن اشتراط التوقيع على المحرر الرسمى يعتبر ضمانة اضافية . فى حدود هذا القيد يتجلى حرص المشرع على حماية كل من الزوجين .

٣ – لا ترتب مشارطة أموال الزوجية أثراً بالنسبة إلى الغير شأنها فى ذلك شأن كل تعديل أو تغيير فى نظام أموال الزوجية – إلا إذا تم قيد المشارطة فى سجل خاص وتم الإعلان عنها بعد ذلك – فإن تم القيد أولم يتم الإعلان لم يكن للمشارطة أثر بالنسبة إلى الغير وفى طليعتهم الدائنون ، ذلك أن القانون السويسرى حرص كل الحرص على اعتبار القيد فى سجل مشارطات أموال الزوجية والاعلان اجراءين جوهريين للاحتجاج بمشارطة أموال الزوجية على الدائنين ، فإن لم يتم إجراء منهما كان للدائنين أن ينكروا حجية المشارطة بالنسبة اليهم . وبديهى أن المشارطة التى لم يتم قيدها أو شهرها تكون نافذة سارية فى علاقة العاقدين ومن يخلفهما خلافة عامة من الورثة .

٤ – وضع القانون السويسرى أنظمة ثلاثة رئيسية للعلاقات المالية بين الزوجين هى ، نظام اتحاد الأموال ، Union des Biens ونظام الاشتراك فى الأموال Communauté des Biens ونظام انفصال الأموال Séparation des Biens ، وجعل للزوجين حرية الاتفاق على اختيار نظام من هذه الانظمة مع إدخال التعديلات التفصيلية التى يقررها القانون. وحرم الزوجين فيما وراء ذلك من إنشاء أى نظام آخر لأموال الزوجية . والحكمة فى ذلك أن نظام أموال الزوجية لا يقتصر أثره على الزوجين فحسب ، وانما هو يؤثر أولا وقبل كل شىء فى حقوق الغير وليس من المعقول أن يترك للزوجين أمر تنظيم الروابط المالية بينهما على أية صورة تروق لهما وتكبيد الغير مشقة الالمام بتفاصيل هذه الصورة وما يتصل بها من لوازم أخرى تستنبط من طريق التفسير أو التأويل ، بل الأقرب إلى المعقول أن تباح حرية الاتفاق على نظام أموال الزوجية وفقاً لنماذج معينة يستطيع الغير أن يلم بمضمونها ومفهومها بمجرد الاطلاع عليها .

هذا هو المذهب الذى اعتنقه القانون السويسرى فيما يتعلق بالمفاضلة بين الاتجاه إلى الحرية المطلقة والاتجاه إلى التقييد الكامل . وقد تأثر القانون السويسرى فى ذلك بالبيئة التجارية التى يعيش فيها أكثر سكان سويسرا كما تأثر بميل هذه البيئة إلى البساطة والتيسير .

(ثانيا) مبدأ جواز تغيير نظام أموال الزوجية باتفاق الزوجين في أي وقت شاء الزوجان :

هذا المبدأ يتعارض تعارضا واضحا مع المبدأ المقرر فى القانون الفرنسى ، ففى فرنسا لايجوز تغيير نظام أموال الزوجية كقاعدة عامة بمقتضى اتفاق يعقد بين الزوجين ، أما فى ألمانيا فالقاعدة جواز التغيير ، وقد كان أمام القانون السويسرى أن يتبع المبدأ المقرر فى فرنسا أو المبدأ المقرر فى المانيا. وينهض المبدأ الفرنسى على أساس حماية الزوجين وحماية مصالح الدائنين؛ فلو أبيح التغيير عند الفرنسيين بمقتضى اتفاق لاحق لما استطاعت الزوجة أن تأمن على نفسها من التأثير ولما استطاع الزوج أن يأمن على نفسه من التأثير فيما لو كانت الزوجة مسيطرة عليه، فقوام المنع فى فرنسا هو غلبة مظنة استغلال أحد الزوجين للآخر لحمله على التغيير أثناء قيام الحياة الزوجية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تقررت القاعدة الفرنسية على أساس أن العدول عنها لايكفل مصالح الدائنين إذ يعرضهم لمفاجآت لم يكن فى الوسع توقعها ويعرضهم لمشقة تقصى نظام أموال الزوجين كلما أرادوا أن يولوا الزوج أو الزوجة ائتمانهم. وقد تقدم من قبل أن فقهاء فرنسا فى تفصيلهم لفكرة حماية الزوجين من طريق منعهما من تغيير نظام الزوجية يذهبون إلى أن المشارطة المنشئة للنظام لا تعتبر عقداً بين الزوجين فحسب وإنما هى ميثاق عائلى ينعقد غالبا بين أسرتين .

هذه هى الحجج التى تساند مبدأ امتناع نظام أموال الزوجية على التغيير ، ولكن للمبدأ الآخر وجهه وحججه ، فانصار قابلية النظام المالى للتغيير يذهبون إلى أن عقد الزواج عقد ممتد وقد يطرأ أثناء الحياة الزوجية من الظروف ما يقتضى إعادة النظر فى نظام أموال الزوجين ، وقد تكون هذه الظروف متعلقة بالحياة الزوجية نفسها وقد تكون متصلة بوقائع أجنبية عنها كما لو رزق الزوجان بأولاد وكما لو عدل الزوج عن الاشتغال بالتجارة إلى الاشتغال بعمل ثابت أو فى منصب حكومى ، وكما لو آلت إلى أحد الزوجين تركة لم تكن متوقعة ، ففى كل تلك الحالات وما يماثلها قد يحس الزوجان بحاجة إلى تعديل نظام أموالهما .

وما من شك فى أن المقارنة بين حجج كل من المبدأين لا تؤدى الى وجوب رفض المبدأ الثانى فى ذاته ، وانما هى تؤدى الى البحث فيما اذا كان من الميسور اتقاء ما يتعرض له احد الزوجين من استغلال وامكان توفير ضمانات كاملة للدائنين .

وقد انتهى الرأى فى سويسرا الى الأخذ بالمبدأ الثانى مع تهذيبه تهذيبا يدرأ عيوبه عن ذوى الشأن فى حدود الامكان ، ولهذا قرر القانون السويسرى جواز تغيير نظام أموال الزوجية سواء من طريق العدول عن النظام القانونى الى نظام اتفاقى ، أم عن طريق العدول عن نظام اتفاقى الى نظام اتفاقى آخر ، أم من طريق العدول عن نظام اتفاقى الى النظام القانونى . وأباح ذلك قبل انعقاد الزواج وبعد انعقاد الزواج ، ولكنه قرن هذه الاباحة بالقيود الآتية :

١ — اذا تم تغيير نظام أموال الزوجية بعد انعقاد الزواج أو تعديله وجب عرض الاتفاق الجديد على هيئة الوصاية لتصدق عليه والا كان غير نافذ حتى بين الزوجين ، وهذه الهيئة لا تقوم بمجرد مصادقة شكلية وانما تبحث فى الاتفاق وتمتنع عن المصادقة كلما وجدت فى الاتفاق شذوذا صارخا أو مخالفة واضحة لاحكام القانون . وقد يقع أن تصدق هيئة الوصاية على الاتفاق دون أن يكون بحثها قد تناول عناصر الواقع ودون أن تستنير فى ذلك برأى ذوى الشأن جميعا ، ولكن هذا لا يمنع من الطعن فى الاتفاق الجديد فيما لو كان قد خالطه عيب من عيوب الرضاء ولو أن الطعن فى هذه الحالة لا يكون كبير الجدوى بسبب قصر مد السقوط المقررة فى القانون السويسرى بالنسبة الى التمسك بعيوب الرضاء . ولهذا يميل بعض الفقهاء فى سويسرا الى القول بأن تصديق هيئة الوصاية لا يحقق ضمانة كاملة ، ولكن الامر المتيقن فى تصديق هذه الهيئة هو أنه يفتح المجال لفرصة من فرص الحماية قد يكون فيها كل الفائدة فيما لو أحسن الانتفاع منها .

وقد رؤى أن تصديق هيئة الوصاية يعد قدرا معقولا من الحماية ويبرر من هذا الوجه امكان الاعتماد على حسن استعمال حق الزوجين فى تغيير النظام .

٢ — ومن ناحية أخرى كفل القانون السويسرى حماية كاملة للدائنين اذ قضى أولا بأن تغيير النظام لا يؤثر فى حقوق الدائنين التى كانت مرتبة قبل التغيير فهذه الحقوق تظل باقية بضماناتها الأولى ، ثم ان التغيير لا ينفذ فى حقهم بالنسبة الى المستقبل أى فى حق الدائنين الجدد الا اذا تم قيد التغيير وتم شهره على الوجه الذى تقدم بيانه .

وعلى هذا النحو وفق التشريع السويسرى بين حاجة الزوجين الى تغيير النظام كلما جد ما يتطلب ذلك وبين ما ينبغى أن يتوافر لهما وللدائنين من أسباب الحماية .

هذا ومتى تم التغيير تمت فى الوقت نفسه تصفية النظام السابق وفقا للقواعد الخاصة به ، ولكن للزوجين أوسع قسط من الحرية فى اجراء هذه التصفية ، فلا يشترط فيها شكل خاص ولا يشترط فيها اتباع اجراءات خاصة ، بل هى تترك للزوجين يتوليان تنظيمها وفقا لتقديرهما ، ولهما أن يتخالصا فى شأنها دون قيد من أحكام القانون ، لأن لكل من الزوجين أن يهب الآخر فى ظل القانون السويسرى دون قيد أو نص مانع فى القانون .

(ثالثا) اعتبار نظام اتحاد الأموال نظاما قانونيا يطبق عند عدم الاتفاق على اختيار نظام اتفاقى :

وقد عرض واضع القانون السويسرى لمسأله النظام الذى يسرى فى شأن أموال الزوجين ان لم يختارا نظاما آخر ، وكان الرأى يتردد بين فكرتين ، الأولى فكرة الاشتراك ، والثانية فكرة فصل الأموال .

فأصحاب مذهب الاشتراك يذهبون إلى أن اجتماع الزوجين فى حياة زوجية مشتركة لابد أن يستتبع بداهة وضرورة اشتراكهما فى الأموال ؛ فالزوجان يكونان وحدة عائلية لاينبغى أن يدعى احدهما فى ظلها أن هذا المال له وأن ذاك المال للآخر . ولهذا وجد رأى كان يتجه اتجاها قويا إلى تحبيذ الأخذ بفكرة الاشتراك فى الأموال كنظام قانونى كما هو الشأن فى فرنسا .

ولكن اعترض كثيرون على تلك الفكرة واستندوا فى ذلك إلى أن الزوج هو الذى يستقل بالادارة والتوجيه فى ظل نظام الاشتراك وأن ديون الزوج تقتضى من أمواله ومن الأموال المشتركة ، وهذه الأموال تشمل أموال

الزوجة ، ومن غير السائغ أن تحمل الزوجة مسئولية الديون التي يعقدها الزوج على هذا الوجه . ثم أنه روعى من ناحية أخرى أن الأموال التي تؤول بطريق الارث تدخل في الأموال المشتركة وقد يحصل أحد الزوجين على ميراثه ويدخل هذا الميراث في الأموال المشتركة ثم يطلب الآخر تصفية نظام الاشتراك أو تتم هذه التصفية قبل أن يكون الآخر قد آل اليه ميراث مرتقب ، وفي هذه الحالة تكون التصفية جائرة ، ولهذا لم ير واضع القانون السويسرى اعتبار نظام الاشتراك نظاما قانونيا .

أما نظام فصل الأموال فقد وجد مناصرة كبيرة من طائفتين ، طائفة من ينتصرون لتحرير المرأة ومساواتها بالرجال وطائفة التجار ورجال الأعمال. فالطائفة الأولى رأت أن نظام فصل الأموال يوفر للزوجة نصيبا واضحا من الاستقلال ويضعها على قدم المساواة مع الرجال وهو بعد نظام يطبق في كثير من البلاد دون عناء كما هو الشأن في ايطاليا وفي انجلترا . والطائفة الثانية تذهب إلى أن نظام فصل الأموال ييسر المعاملات إذ يجعل ضمان الدائنين واضحا بالنسبة إلى أموال كل من الزوجين . ولكن رأى الاستاذ "هوفمان" هو الذى تغلب في النهاية إذ قال في تقرير مجلس الدولة عن القانون المدنى السويسرى أننا نصور الزواج بوصفه اتحادا يجمع بين حياتين في أدق نواحيهما، وفكرة وجود مديرين لذمتين يتفاهما كلما صارت الحياة رخاء ولكن يختلفان عند الاقتضاء كلما تعارضت مصالحهما ويبلغان حد العنف في هذا الخلاف ، هذه الفكرة لاتتفق مع مثلنا ولاتظفر بعطفنا وانما هي فكرة ننفر منها كل النفور ، ولهذا يحسن أن نختط طريقا وسطا فننشئ بين الزوجين صورة من صور الاتحاد في الادارة دون مساس بملكية المال .

ويلاحظ أن نظام اتحاد الأموال الذى جعل نظاما ذا ولاية عامة قد يكون أكفل بتحقيق مصالح المرأة وهو في الوقت نفسه يكفل الوئام في علاقات الزوجين المالية، إذ هو يحقق انفصالا في ملكية الأموال بقدر مايحقق اتحادا يتمثل في تركيز ادارة المال والانتفاع به في يد الزوج ؛ ولهذا قيل ان اتحاد الأموال هو نظام وسط بين الانفصال الكامل والاشتراك الكامل .

على ان اختيار واضع القانون السويسرى لنظام اتحاد الأموال لم يخلُ من احتياط يتعلق بمصالح الزوجين ، ولهذا انشأ القانون السويسرى مايسمى بالنظام القانونى غير الاعتيادى أو الاستثنائى ، وهذا النظام هو فى الحقيقة نظام فصل الأموال عندما يفرض اما بحكم القانون واما بقرار من القاضى . فالأصل أن يخضع الزوجان لنظام اتحاد الأموال ان سكتا عن الاختيار أو للنظام الذى يتفقان عليه ، ولكن القانون يقرر على سبيل الاستثناء انفصال الأموال بين الزوجين أيا كان النظام المالى بينهما فى حالتين :

ففى الحالة الأولى يحقق فصل الأموال بقوة القانون ويقع ذلك عندما يفلس أحد الزوجين وتسفر التفليسة عن عدم وجود ما يكفى للوفاء بحقوق الدائنين ، فإن حرر محضر بذلك استتبع تحرير هذا المحضر انفصال الأموال بين الزوجين ، والحكمة فى ذلك أن ابقاء أى نظام آخر من نظم أموال الزوجية يترتب عليه ضرر محقق بمصالح الطرف الموسر إذ يكون للدائنين إما أن يرجعوا على الأموال المشتركة فى حالة الاشتراك ، وللزوجة على وجه التحقيق نصيبها فى هذه الأموال ، وإما أن يرجعوا على مال الزوج فى حالة اتحاد الأموال ويدخل فى هذا المال فى ظل الاتحاد ربع أموال الزوجية كلها ، ويسمى انفصال الأموال الذى يقع على هذا الوجه بالنظام القانونى الاستثنائى أو غير الاعتيادى . وقد يقع أن يكون أحد الزوجين مفلسا قبل الزواج وان يكون محضر إثبات قصور أمواله عن الوفاء بديونه قد تم تحريره ، وفى هذه الحالة يكون فصل الأموال هو النظام المعقول بالنسبة إلى الزوجين ؛ ولكن الانفصال فى هذه الحالة لا يتم بحكم القانون بل ينبغى لتحقيقه أن يعرب الزوج صاحب المصلحة فيه عن رغبته فى فصل الأموال قبل انعقاد الزواج ، ويجب أن يقيد إعلان الرغبة هذا فى سجل مشارطات أموال الزوجية إذا أريد أن يكون نظام الفصل حجة على الغير لأن فصل الأموال بحكم القانون فى حالة الافلاس شرع لحماية الطرف الموسر من الزوجين ، وهذه الحماية واجبة عندما يطرأ الإفلاس بعد انعقاد الزواج ، أما حيث يكون الإفلاس سابقا على الزواج ففى يد كل من الزوجين أن يعصم نفسه من الخطر الذى يتهدده ، فإن لم يفعل أو إن اختار رغم علمه بالخطر نظاما اتفاقيا ، فهو وشأنه ، ولا معقب لما قر عليه رأيه

فى أحكام القانون . ولهذا لا يعتبر انفصال الأموال الذى يقع بناء على رغبة أحد الخطيبين بسبب إفلاس الخطيب الآخر قبل الزواج نظاما قانونيا استثنائيا ، بل يعتبر من قبيل النظم الاتفاقية .

وفى حالة ثانية يتم فصل الأموال بعد قيام الزوجية بحكم من القضاء ، ولا يحكم القاضى بالفصل إلا بناء على طلب يقدم من أحد الزوجين أو من الدائنين ، ولكل ذى شأن من هؤلاء أن يتقدم بالطلب كلما كانت مصالحه مهددة بالخطر ، فلو أعسر الزوج مثلا أو حجزت أمواله فللزوجة أن تتقدم بطلب الفصل ، ويكون لها ذلك إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها أو عن الإنفاق فى شئون الزوجية . وللزوج أن يتقدم بالطلب إذا اسرفت الزوجة فى الإنفاق حتى نضبت مواردها ، أو إذا طلبت إليه أن يقدم لضمان الوفاء بحقوقها تأمينات يعجز عن تقديمها . وللدائنين أن يتقدموا بالطلب إذا آنسوا فى بقاء نظام اتحاد الأموال أو نظام الاشتراك ما يهدد مصالحها بسبب ارتباك مركز أحد الزوجين ماليا ، أو بسبب توقع انهيار مركزه المالى . والقاضى هو الذى ينظر فى الطلب ويقرر قبوله أو رفضه على حسب الأحوال ، فإن قرر قبوله تم فصل الأموال بين الزوجين وفى هذه الحالة يسمى نظام الفصل القانونى الاستثنائى أو غير الاعتيادى .

ومن كل ماتقدم يبين أن النظام القانونى الاعتيادى الذى يسرى على الزوجين عند سكوتهما عن اختيار نظام اتفاقى هو نظام اتحاد الأموال . ولكن يوجد إلى جانب هذا النظام العادى نظام قانونى استثنائى هو نظام انفصال الأموال بقوة القانون أو بقرار من القضاء عندما تتوافر المبررات التى تبيح ذلك .

وأيا كان النظام السابق على فصل الأموال الذى يقع بقوة القانون أو بقرار من القاضى فمثل هذا الفصل لا يؤثر فى حقوق الدائنين السابقة عليه بل تظل هذه الحقوق قائمة بضماناتها القديمة ، ويتعين عند وقوع الفصل تنظيم الماضى وفقا للنظام القديم ، ويقوم الزوجان عادة بتصفية علاقاتهما القديمة طبقا للنظام السابق ، ولهما فى هذا السبيل حرية واسعة سواء من حيث الشكل أم من حيث الموضوع ؛ أما بالنسبة للمستقبل فتسرى عليهما قواعد النظام الجديد .

(رابعا) المبدأ المتعلق بتعيين ما يدخل وما لا يدخل فى نطاق نظام أموال الزوجية :

اتجه القانون السويسرى اتجاها متحررا فى هذا الشأن ووضع قاعدة عامة مؤداها تقسيم أموال الزوجين الى طائفتين : أموال الزوجيه والاموال المحتفظ بها لكل من الزوجين . ويقصد باصطلاح الاموال الزوجية تلك الاموال التى تخصص للقيام على شئون الزوجية . والاصل فى الاموال المملوكة للزوجين أن تعتبر من أموال الزوجية ، وهذه قرينة مقررة فى أحكام القانون من مقتضاها أن عبء الاثبات يقع على من يدعى العكس.

الا أنه يوجد الى جانب أموال الزوجية ما يسمى بالاموال المحتفظ بها لكل من الزوجين ، ولهذا الاصطلاح معنى خاص فى القانون السويسرى ، فالأموال المحتفظ بها تعتبر أموالا خالصة للزوج الذى احتفظ بها له فيكون له أن يتصرف فيها دون موافقة الزوج الآخر ويكون له أن يستقل بادارتها والانتفاع بها والافادة من ريعها . فان كان المال المحتفظ به حقا للزوج كان له أن يتصرف فيه مستقلا فى ظل نظام الاشتراك ، وكان له أن يستقل بريعه دون أن يدخل هذا الريع فى غلة أموال الزوجية فى ظل نظام الاتحاد. وان كان المال المحتفظ به حقا للزوجة كان لها أن تتصرف فيه فى ظل نظام الاشتراك وان تستقل بادارته والانتفاع منه والتصرف فيه بداهة فى ظل نظام الاتحاد .

والأموال المحتفظ بها تكتسب هذا الوصف إما باتفاق خاص بين الزوجين ، واما بناء على هبة من الغير واما بناء على حكم القانون :

١ — **الاتفاق الخاص** : لم يحجر القانون السويسرى على الزوجين فيما يتعلق بحرية تعيين الاموال المحتفظ بها ، فللزوجين أوسع قسط من الحرية فى تعيين ما يعتبر مالا محتفظا به لكل منهما ، وكل ما هنالك أن مثل هذا الاتفاق يجب أن يتم بمشارطة أموال زوجية تستوفى جميع الأوضاع الخاصة بمشارطات أموال الزوجية ؛ ويترتب على هذه الحرية أن للزوجين بمقتضى اتفاقهما حق الاحتفاظ بالعقارات مثلا لاحدهما أو بالمنقولات

أو بعقار معين أو بمنقول معين دون قيد أو شرط ، وتؤدى هذه الحقيقة الى نتيجة عملية هامة مؤداها أن اتفاق الزوجين على تخصيص مال يحتفظ به لكل منهما يعتبر اتجاها ظاهرا الى فصل الاموال ، فان اتسع نطاق الاموال المحتفظ بها أدى ذلك الى تعديل عملي جوهري في قواعد النظام المالى .

وقد قيل تبريرا للتوسيع على الزوجين فى الاتفاق على تعيين الاموال المحتفظ بها ان هذا التوسيع يتمشى مع الاحترام المعقول لاستقلال كل من الزوجين باموالة فيما لو اتفق على ذلك فضلا عن أن المبدأ نفسه يتمشى مع الاتجاهات الخاصة بتحرير المرأة .

٢ — الهبة أو الوصية : ويعتبر من ناحية اخرى من الاموال المحتفظ بها ما يوهب لاحد الزوجين أو يتلقاه بطريق الوصية اذا اشتملت الهبة أو الوصية على نص خاص باحتفاظ الموهوب له أو الموصى له بالمال الموهوب أو الموصى به . على أن هذه القاعدة لا تؤخذ على اطلاقها اذ يستثنى منها فى حالة الوصية ما اذا كان الموصى به هو نصيب الموصى له الشرعى فى الميراث ، فلا ينبغى أن تكون الوصية اداة لاخراج المال من نطاق أموال الزوجية ولا سيما أن الزوج ربما يعتمد على هذا المال فى نظام الاشتراك وربما كان يؤمل أن يحصل على ريعه فى نظام اتحاد الاموال .

٣ — نص القانون : يدخل فى نطاق الاموال المحتفظ بها ما نصت عليه المادة ١٩٩ اذ قضت بما يأتى " يعتبر مالا محتفظا به بحكم القانون أولا : الأشياء المخصصة للاستعمال الشخصى لأحد الزوجين. ثانيا : أموال الزوجة التى تتعلق بمباشرتها حرفة معينة أو صناعة معينة . ثالثا : دخل الزوجة من عملها فى كل ما يجاوز نشاطها المنزلى " .

وهذه هى الطائفة الثالثة من الأموال المحتفظ بها . وقد تقررت صفتها بنص خاص فى القانون . ويدخل فى هذه الطائفة الثالثة أولا : ماتخصص للاستعمال الشخصى لأحد الزوجين كملابس السيدات والمصوغات وأدوات الزينة بالنسبة إلى السيدات ،ويسرى الحكم نفسه فيما يتعلق بما يعتبر من الأشياء مخصصا للاستعمال الشخصى للزوج . ويدخل كذلك أموال الزوجة التى تخصص

لحرفتها أو صناعتها ، فهذه الأموال تعتبر خالصة لها بمعنى أنها تخرج من نطاق أموال الزوجية رقبة ومنفعة . ويقابل ذلك أن هذه الأموال تتحمل كل مايتعلق بها من ديون دون أن يسأل الزوج عن ذلك . ويدخل فيها أخيرا دخل الزوجة من عملها ، ولكن يراعى فيما يتعلق بهذا الدخل أن مايعتبر منه مالا محتفظا به هو مايتم قبضه بعد الزواج ، أما مايكون مقتصدا من هذا الدخل من قبل فيعتبر حصة للزوجة ويدخل بهذه المثابة فى أموال الزوجية .

ثم إن دخل الزوجة من عملها لايعتبر مالا محتفظا به الا فى حدود مايجاوز النشاط المنزلى ، بمعنى أن تكون الزوجة قائمة بعمل مستقل عن هذا النشاط كما لو اشتغلت بالكتابة على الآلة الكاتبة أو بالتمثيل أو بأى عمل مستقل آخر ، أما حيث يؤول اليها دخل من نشاطها المنزلى كما لو كانت زوجة لمزارع واشتركت معه فى الحياة الريفية وحصلت فى مقابل ذلك على جعل أو مكافأة مادية دورية ، فمثل هذا الجعل أو تلك المكافأة لايعتبر من قبيل المال المحتفظ به . وكما لو خصص الزوجان فى منزلهما غرفة للسكنى وحصلت الزوجة فى مقابل ذلك على دخل ، فالدخل فى الحالتين المتقدمتين يعتبر متعلقا بالنشاط المنزلى للزوجة ولهذا لا يحتفظ لها به . والتفريق بين مايعتبر منزليا أو غير منزلى من نشاط الزوجة مسألة واقع يرجع فيها إلى كل حالة بخصوصها .

وأخيرا يلاحظ أنه ليس للزوجة أن تدخل دخلها من عملها فى نطاق الأموال التى تحتفظ بها اذا أدت الظروف بالزوج الى المساس برأس ماله وألحت عليه الحاجة فقصر عن الانفاق على الشئون المنزلية .

والاحتفاظ بالمال يطبق بالنسبة الى الزوجة وبالنسبة الى الزوج على حد سواء . ولكن الأهمية العملية لفكرة المال المحتفظ به تظهر بالنسبة الى الزوجة أكثر من ظهورها بالنسبه الى الزوج ، ذلك أن الزوج فى ظل نظام الاشتراك وهو مسئول فى الأموال المشتركة وفى ذمته الشخصية عن ديون الزوجية وعن ديونه الخاصة . كذلك الشأن فيما يتعلق بنظام الاتحاد فالزوج فى هذا النظام يسأل عن ديون الزوجية كما يسأل عن ديونه الخاصة فى أمواله الخاصة .

أما بالنسبة للزوجة فاحتفاظها بمال من الأموال يجعل هذا المال خالصا لها رقبة ومنفعة كما يجعله بمنأى من المسئولية عن الديون التى يعقدها الزوج

أو التى تعقد لشئون الزوجية . ولهذا نصت المادة ١٩٢ من القانون المدنى السويسرى على أن الأموال المحتفظ بها تخضع للقواعد المتعلقة بفصل الأموال ولا سيما فيما يتعلق بالاتفاق على شئون الزوجية .

هذه هى المبادىء العامة التى اتبعها واضع القانون السويسرى فى شأن النظام المالى بين الزوجين . وتوجد على هذا الأساس نظم ثلاثة رئيسية :

أولها نظام اتحاد الأموال ، وثانيها نظام الاشتراك ، وثالثها نظام فصل الأموال .

المبحث الأول

فى نظام اتحاد الاموال

أفرد القانون السويسرى المواد من ١٩٤ الى ٢١٤ لنظام اتحاد الاموال، وهذا النظام هو الشائع الغالب فى سويسرا ، ويتبع ـ كما قدمنا ـ كلما سكت الزوجان عن الاتفاق على نظام آخر .

ويقوم هذا النظام على فكرة أساسية هى ادماج أموال الزوجين فى وحدة اقتصادية يتولى الزوج ادارتها والانتفاع بها ، ولكن دون مساس لملكية عناصر هذه الوحدة ؛ فكل من الزوجين يظل مالكا لأمواله ، ولذلك لا توجد وحدة قانونية تجمع الأموال الداخلة فى الاتحاد وتسند ملكيتها الى أحد الزوجين أو الى الزوجين معا ، فهذه الفكرة لا وجود لها على الاطلاق فى ظل نظام اتحاد الأموال . ويتضح مما تقدم أن نظام اتحاد الأموال يتركز فى مبدأين رئيسيين :

الأول : هو استقلال كل من الزوجين بملكية ما له .
والثانى : هو جمع ادارة مال الزوجين فى يد الزوج وتخويل الزوج حق الانتفاع بهذا المال .

(أولا) استقلال كل من الزوجين بملكية ماله :

استعمل القانون المدنى السويسرى اصطلاح اتحاد الأموال ، وقد يكون فى هذا الاصطلاح ما يوحى بخلاف الواقع لان المقصود فى ظل نظام الاتحاد

هو اجتماع الأموال ماديا فى وحدة للادارة ، أما من حيث الملكية فلا يوجد اتحاد أو اجتماع على وجه الاطلاق ، فهناك أموال للزوج وأموال للزوجة ، وهناك ذمة للزوج وذمة للزوجة ، وهاتان الطائفتان من الأموال أو هاتان الذمتان تحتفظان بكيانهما دون تداخل أو اندماج ، وكل ما هنالك أن الأموال المملوكة للزوجة وللزوج تخضع من حيث الادارة لنظام واحد ، ولكن لا تتناول هذه الادارة الا ما يعتبر من أموال كل من الزوجين داخلا فى نطاق ما يسمى بأموال الزوجية . وأموال الزوجية فى ظل نظام الاتحاد تتناول ما يسمى بالحصص وما يسمى بالاموال الطارئة :

الحصص : فالحصص هى كل مال يكون مملوكا لأحد الزوجين وقت الزواج فيما عدا الأموال المحتفظ بها أو يؤول اليه أثناء الزوجية بطريق الهبة أو الميراث ، يستوى فى ذلك أن يكون هذا المال حقا شخصيا أو عينيا أو حقا من الحقوق المعنوية . فيدخل فى الحصة العقار والمنقول والدين وحق التأليف ، كما تدخل فيها حقوق الارتفاق والسهام والسندات وكل ما يصدق عليه وصف المال .

ولم يرد فى القانون السويسرى تعريف للحصة الا بالنسبة الى الزوجة ولكن هذا التعريف يطبق ايضا بالنسبة الى الزوج ، وعلى هذا النحو تتخذ الحصة واحدة من صورتين .

فهى اما تكون مالا مملوكا لاحد الزوجين وقت الزواج ، واما أن تكون مالا آل اليه بعد الزواج بسبب من غير أسباب المعاوضات .

وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٩٥ اذ قضت بأن أموال الزوجية التى كانت مملوكة للزوجة عند انعقاد الزواج أو التى آلت اليها أثناء الزواج بالميراث أو بأى سبب من أسباب التبرع تعتبر حصصا لها وتظل فى ملكها .

وكل مال يكون حصة ويستبدل به مال آخر يؤدى استبداله الى اعتبار هذا المال الاخير حصة بدوره وكذلك الحكم فيما يتعلق بكل مال يشترى بنقود تعتبر حصة أو بناتج ثمن حصة من الحصص . فنظرية الحلول العينى تطبق فى هذا الصدد تطبيقاً كاملا . وتسرى القواعد المتقدم ذكرها بالنسبة الى حصص الزوجة وحصص الزوج على حد سواء .

فأول عنصر من عناصر أموال الزوجية فى ظل نظام الاتحاد هو الحصص، والحصص تتميز عن غيرها بأنها إما أن تكون مملوكة ملكية خالصة للزوج وإما أن تكون مملوكة ملكية خالصة للزوجة .

الاموال الطارئة

أما العنصر الثانى الذى تتكون منه أموال الزوجية فهو ما يسمى بالمال الطارئ أو ما يسمى فى اصطلاح البعض بالمقتنيات أو المغانم . ويقصد بالمال الطارئ كل مال يكتسب أثناء قيام الزوجية وكذلك كل مال يكون مصدره عقداً من عقود المعاوضات كما لو اشترى الزوجان عقاراً أثناء قيام الزوجية . على أنه يلاحظ أنه لايعتبر من قبيل المال الطارئ أولا : ما يكون مجرد زيادة فى حصة من الحصص لترجع الى نشاط إيجابى من الزوجين كما لو ارتفعت قيمة أسهم كانت تعتبر حصة للزوجين ، فالارتفاع فى القيمة لايعتبر مالا طارئا وإنما يعتبر ملحقا بالحصة شأنه شأن الانخفاض فى قيمة الحصة ، ولكن لو فرض أن الزوجين تعاونا فى ادخال تحسينات على عقار كان يملكه أحدهما، ففى هذه الحالة تعتبر قيمة هذه التحسينات فيما لو كان للتحسينات كيان مستقل كإقامة دور ملحقه بدار أصلية، أو إقامة شقة جديدة فى العقار من قبيل الأموال الطارئة . ولا يدخل كذلك فى عداد الأموال ما يعتبر مالا محتفظا به ولاما يطرأ من زيادة على هذا المال فالأموال المحتفظ بها حتى إذا اقتنيت بعوض أثناء قيام الزوجية لاتعتبر من الأموال الطارئة ، وكذلك الشأن فى كل مال يشترى بالأموال المحتفظ بها أو بثمنها .

وأخيرا يلاحظ أن ما يكتسب من الأموال على أساس الاثراء دينا تعويضيا على الزوج الآخر الذى استقر الاثراء فى ذمته .

هذه هى فكرة الأموال الطارئة . وهذه الأموال تتميز عن الحصص وعن الأرباح : فهى تتميز عن الحصص على أساس أن الحصة قد تكون مملوكة للزوجة وقد تكون مملوكة للزوج وفقا لمصدرها، أما المال الطارىء فيكون دائما مملوكا للزوج بوصفه رئيسا للاتحاد . والواقع أن المفروض فى المال الطارىء أنه يقتنى مما يقصده الزوح من ريع أموال الزوجية أو من ريع أمواله المحتفظ به.

وإذا كان من الواضح أن الزوج قد يستعمل فى إقتناء المال الطارىء ريع أموال الزوجة فمن الواضح أيضا أن فكرة الربح تعوض الزوجة تعويضا كبيرا ، ولكن المهم فى كل ما تقدم هو أن المال الطارىء يعتبر مملوكا للزوج ويظل مملوكا له حتى بعد التصفية . والملكية هنا مفرزة لا شركة فيها للزوجة على وجه الاطلاق .

فنظام اتحاد الأموال لاينشىء بصورة من الصور ولا بحالة من الأحوال أى اشتراك لا فى ملكية الحصص ولا فى ملكية الأموال الطارئة ، إذ الحصص تكون مملوكة لأحد الزوجين أو للآخر والأموال الطارئة تكون مملوكة للزوج وحده .

ثم أن المال الطارىء يختلف عن الربح اختلافا جوهرياً . فالمال الطارىء يكون مالا معينا يرد عليه حق ملكية الزوج أما الربح فهو نتيجة حسابية لا تكون محلا لحق عينى وانما تكون محلا لحق شخصى ، فعند تصفية الاتحاد تقارن قيمة الحصص التى يملكها الزوجان وقت دخولها فى الاتحاد بقيمة أموال الاتحاد جميعا من حصص وأموال طارئة ، فإذا كانت القيمة الأخيرة أقل من الأولى قيل أن الإتحاد خاسر ، وإن كانت القيمة الأولى أقل من الأخيرة وضع الرقم أى الناتج الحسابى كنتيجة حسابية وكان للزوجة حق فى ثلث هذا الناتج الحسابى ويظل الثلثان حقا للزوج ، ومعنى تملك الزوجة للثلث فى الربح هو حصولها على دين يعادل ثلث الناتج الحسابى فإذا فرض مثلا أن التصفية أسفرت عن ربح مقداره ٩٠٠ جنيه ففى هذه الحال يكون للزوجة الحق فى مطالبة زوجها بدين شخصى قدره ٣٠٠ جنيه ، فالربح لا يتمثل فى مال معين على وجه الاطلاق وإنما هو نتيجة ميزانية حسابية ، ويظل كذلك ولو ثبت أن الزوجين لم يملكا من قبل حصصا على وجه الاطلاق . وإنما ملك الزوج بعد الزوجية مالا طارئاً يمثله عقار معين ، ففى هذه الحالة يتم حساب التصفية على أساس أن قيمة أموال الزوجية من حصص صفر وقيمة أموال الزوجية عند إنحلال الاتحاد ٩٠٠٠ جنيه هى قيمة العقار والفرق بين الرقمين هو الذى يعتبر ربحاً ، أما العقار نفسه فيعتبر مالا طارئا ويظل مملوكا للزوج وحده وكل ما هنالك أن للزوجة أن تطالب بنصيبها فى الربح أى أن تطالب الزوج بدين شخصي قدره ٣٠٠٠٠ جنيه وهو نصيبها بحق الثلث فى الأرباح .

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بذلك فى حكمها الصادر فى ٢٦ يونيو سنة ١٩٥٥ إذ قررت أن الزوجة السويسرية لاتملك حقا عينيا فى الأموال الطارئة وانما تكون هذه الأموال مملوكة للزوج وينحصر حق الزوجة فى مجرد مطالبة الزوج بنصيبها فى الأرباح على أساس حق شخصى يتقرر لها من واقع النتيجة الحسابية التى تستخلص من مقارنة القيمتين المتقدم ذكرهما .

ويبين مما تقدم أن الحصص تكون مملوكة ملكية مفرزة إما للزوجة وإما للزوج على حسب الاحوال ، أما المال الطارىء فيكون دائما ملكا للزوج.

على أن ما يتعلق بالحصة أو المال الطارىء هو تعيين من يملك حق ملكية على المال . فالأمر متعلق اذن بالحقوق العينية التى تكون قائمة فى ظل نظام اتحاد الأموال ، بيد أن هذا النظام يستتبع وجود علاقات التزام أوحقوق شخصية بين الزوجين ، فللزوجة ديون تعويضية فى ذمة الزوج تعويضا عن قيمة ما يدخل من أموالها هى فى ذمة الزوج أو تعويضها عن نقص قيمة حصصها فيما لو طرأ النقص بسبب تقصير الزوج ، وقد يكون للزوج ديون تعويضية فى ذمة زوجته تعوضه عن كل ما يتناول أمواله من نقص فيما اذا طرأ النقص بفعل الزوجة وتعوضه كذلك عما يكون قد أنفقه على الزوجة انفاقا مجاوزا للحد .

اثبات ملكية الحصص

وعلى هذا النحو ينكشف نظام اتحاد الأموال عن استقلال كامل فى الملكية ، فهو نظام لا يوجد فيه أثر لشيوع الملكية أو لاشتراك الزوجين فيها ، وكل ما هنالك أن حصص الزوجة تسلم للزوج لادارتها ، ولهذا تتخذ مسألة الاثبات بالنسبة الى ملكية الحصص وضعا خاصا . فالاصل أن الزوج يعتبر مالكا لاموال الزوجية كلها ، وعلى من يدعى العكس أن يقيم الدليل على ذلك . ولهذا يحتاط الزوجان بالنسبة الى هذه القرينة وينحصر احتياطهما فى المنقولات لان السجل العقارى يكون سندا كافيا فى اثبات الملكية بالنسبة الى العقارات ، أما فيما يتعلق بالمنقولات ، فالأمر يختلف عن ذلك ولا سيما أن قاعدة الحيازة فى المنقول تؤدى الى سهولة تصرف الزوج فيما يكون فى يده من منقولات الزوجة .

ولهذا وضع القانون السويسرى نصا خاصا بكيفية إثبات ملكية الحصص، وهذا النص يقضى بأن للزوج والزوجة أن يطلبا اعداد قائمة بجرد الحصص وتعتبر قائمة الجرد هذه سندا قاطعا فى اثبات الملكية متى اعدت خلال الأشهر الستة التالية لتقديم الحصص ، فاذا تم الجرد بعد هذا الميعاد كان الأمر متروكا لتقدير القضاء . ويتضمن الجرد عادة الى جانب تفصيل مفردات الحصص تقدير قيمة كل حصة ، ويعتبر هذا التقدير ملزما عند التصفية .

استثناءات على مبدأ استقلال كل من الزوجين بملكية أمواله

على أنه يلاحظ أن نظام اتحاد الأموال وان كان نظاما يقوم على احتفاظ كل من الزوجين بملكية ماله الا أن هناك استثناءات ترد على هذا الأصل :

اولها اتفاقية ، فقد يتفق الزوجان على أن ينشئا بعقد خاص ملكية مشتركة بينهما فى حدود مال معين ، وفى هذه الحالة يكون الاشتراك قاصرا على ما تناوله الاتفاق بالذات . والواقع أن هذه الصورة لا تعتبر من الاستثناء فى شىء وإن أدت إلى خضوع الزوجين لنظام مختلط يخضع لقواعد اتحاد الأموال كقاعدة عامة و لقواعد الاشتراك بالنسبة الى المال المشترك .

والثانى قانونى ، قرره القانون المدنى فى المادة ١٩٩ . فجميع حصص الزوجة التى تكون من قبيل النقود أو المثليات التى لا تتعين بذاتها تنتقل ملكية الزوج ويصبح الزوج مدينا بقيمتها ، وفى هذا المعنى تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٠١ من القانون المدنى السويسرى على أن نقود الزوجة وسائر أموالها المثلية وما يكون مملوكا لها من سندات لحاملها ينتقل ملكه الى الزوج ويكون الزوج مدينا بقيمة ما انتقل ملكه اليه ، كل هذا بشرط الا تكون الأموال المتقدم ذكرها مفرزة أو مجنبة تجنيبا يعين ذاتها .

ويلاحظ أن هذا الاستثناء الثانى يعتبر استثناء حقيقيا ويترتب عليه أن يملك الزوج كل حصة للزوجة تكون من قبيل النقود أو المثليات أو ما فى حكمها كالسندات لحاملها .

ويلاحظ أنه يترتب على تملك الزوج لتلك الأموال أن يصبح مدينا بقيمتها للزوجة ويعتبر هذا الدين من قبيل الديون التعويضية .

والثالث هو الاستثناء الذى يترتب باتفاق المتعاقدين ، فقد نصت المادة ١٩٩ على أنه يجوز للزوجين خلال الاشهر الستة التالية لتقديم حصة الزوجة أن يتفقا ، مع مراعاة الاوضاع الخاصة بمشارط أموال الزوجية ، على أن تؤول ملكية حصص الزوجة الى الزوج وفقا لقيمتها المقدرة فى الجرد وعلى أن يكون الزوج مدينا بهذه القيمة دون زيادة أو نقص . ومثل هذا الاتفاق لا يترتب عليه اشتراك فى الملكية بل يترتب عليه انتقال ملكية حصص الزوجة الى الزوج ، ومتى تم هذا الانتقال لم يعد للزوجة حق فى ملكية حصصها وانحصر حقها فى دين يترتب فى ذمة الزوج . فلو فرض أن رباط الزوجية انحل فلا يجوز للزوجة أن تطالب باسترداد حصصها عينا وانما ينحصر حقها فى المطالبة بالدين الذى نشأ لها من جراء الاتفاق على نقل ملكية الحصص الى الزوج .

والحقيقة أن الاتفاق فى حالة الاستثناء الثالث يكون بمثابة بيع يقترن بتجديد لدين الثمن بمعنى أن يصبح هذا الدين مؤجلا وأن يفصل هذا الدين عن سببه .

ما يترتب على استقلال كل منهما بملكية المال

وفيما عدا هذه الاستثناءات يظل كل من الزوجين محتفظا بحقه فى ملكية ماله . ويترتب على استقلال كل منهما بملكية ماله نتائج منها أن الزوجة تستطيع أن تسترد أموالها من يد الزوج كلما أفلس الزوج ، ولها أن تدخل فى التفليسة للمطالبة بديونها التعويضية الناشئة عن فقدان حصصها ، بل ويكون للزوجة حق امتياز على أموال الزوج فى حدود نصف حصصها .

ويترتب كذلك على مبدأ استقلال الملكية استقلال مقابل فى المسئولية عن الديون ؛ فأموال كل من الزوجين تسأل عن الديون السابقة على الزواج ، أما الديون اللاحقة للزواج فيسأل عنها الزوج متى كان هو الذى عقدها ، ويسأل كذلك عن الديون التى تعقدها الزوجة إذا كانت قد عقدتها بوصفها ممثلة أو نائبة عن الاتحاد . هذا وتسأل الزوجة فى أموالها عن الديون التى تعقدها بموافقة زوجها أو التى تعقدها لمصلحة الزوج بموافقة هيئة الوصاية ، أوالديون

التى تعقدها بسبب مباشرتها لحرفة أو صناعة ، أو التى تكون متعلقة بميراث آل اليها ، أو الديون التى تنشأ عن أفعالها الضارة . بل وتسأل كذلك عن الديون التى يعقدها الزوج فى سبيل الشئون المنزلية إذا كان الزوج معسراً .

ومن هذا يبين أن فكرة استقلال كل من الزوجين بملكية ماله تؤدى عملا الى استقلال كل من الذمتين بتحمل نصيب واضح من الديون :

(ثانيا) مبدأ انفراد الزوج بالادارة والانتفاع :

تنص المادة ٢٠٠ على أن الزوج يتولى إدارة أموال الزوجية وتكون مصاريف الإدارة على عاتقه ولا يجوز للزوجة أن تتولى الإدارة إلا بوصفها نائبة عن الاتحاد . وتنص المادة ٢٠١ على أن للزوج حق الانتفاع بحصص الزوجة ويسأل عن هذه الحصص مسئولية صاحب حق الانتفاع ولا يترتب على اعداد قائمة للجرد تشديد أحكام هذه المسؤلية .

ويبين من هذين النصين أن اتحاد الأموال يجعل من أموال الزوجية التى يملكها الزوجان كل منها على استقلال وحدة اقتصادية من حيث الإدارة والانتفاع . فالإدارة والانتفاع يستقران فى يد الزوج وحده ، ويترتب على ذلك أن يقوم الزوج أولا بإدارة جميع أموال الاتحاد ، وهذا حق وواجب على الزوج فى آن واحد، ويكون للزوج أن ينيب عنه زوجته فى هذه الإدارة ، وفى هذه الحالة تملك الزوجة الإدارة بوصفها نائبة لا بمقتضى حق يقره لها القانون . وقد تستفاد النيابة مما جرى به العرف بالنسبة إلى طراز معيشة الزوجين كما كانا يعيشان فى بيئة ريفية ، ففى مثل هذه البيئة قد تتولى الزوجة إدارة بعض الأموال بوصفها نائبة نيابة ضمنية عن الاتحاد .

ويقصد بأعمال الإدارة جميع الأعمال التى يقصد منها إلى المحافظة والصيانة والاستثمار ، وبوجه عام القيام على شئون المال . وقد تتخذ الإدارة صورة التصرف استثناء بالنسبة الى المال الذى يستلزم القيام على شئونه امكان التصرف فيه ان اقتضى الأمر ذلك كما هو الشأن بالنسبة الى الأوراق المالية ، فهذه الأوراق قد ترتفع قيمتها وقد تنخفض ولذلك يكون من حسن الإدارة المبادرة ببيع الأوراق المالية كلما جد ما يرجح الإعتقاد بإنخفاض قيمتها انخفاضاً كبيراً .

على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن الزوجة لا تملك فيما عدا الاستثناء المشار إليه من قبل أن تتولى إدارة أموال الزوجية ، فهذه الادارة يستقل بها الزوج وحده .

ويكون للزوج ثانياً حق الانتفاع بأموال الزوجية ومعنى ذلك أن الزوج يملك ثمار هذه الأموال وما تغل من دخل أو إيراد ، وهو فى هذه الحدود صاحب حق انتفاع أصيل . ومؤدى هذا أن الزوج لا يلزم بتقديم حساب عن إدارته عند انحلال رباط الزوجية أو إنتهاء الاتحاد .

ويقابل حق الانتفاع هذا مسئولية الزوج عن أموال الزوجية ، أو بعبارة أخرى مسئولية الزوج عن حصص الزوجة ؛ فهو مكلف بأن يرعى فى انتفاعه بهذه الحصص ما يجب على صاحب حق الانتفاع من محافظة وصيانة ، فإذا وقع من الزوج فى انتفاعه ما ينتقص من قيمة حصص الزوجة ، كان مسئولا عن ذلك ، ووجب عليه أن يعوض الزوجة عن الضرر الذى يلحق بمالها . وبديهى أن الزوج لا يسأل عن كل نقص فى القيمة يرجع مصدره الى مجرد الانتفاع المألوف ، وكذلك لا يسأل عن أى نقص فى القيمة ينشأ عن أسباب لا يد له فيها ؛ كما لو انخفضت قيمة الأوراق المالية فى السوق .

فى حدود الأدارة والانتفاع اذن يكون الزوج المدير أو الرئيس الفعلى للاتحاد . وأيا كان مدى حق الزوج فى الادارة أو مدى حقه فى الانتفاع فهو لا يملك حق التصرف . وهذه القاعدة مقررة فى المادة ٢٠٢ التى نصت على أنه « لا يجوز للزوج أن يتصرف فى حصص الزوجة التى لم تدخل فى ملكه دون رضاء الزوجة ، ومع ذلك فيستخلص هذا الرضاء بالنسبة الى الغير من مجرد تصرف الزوج الا أن يكون هذا الغير عالما أو من واجبه أن يعلم أن رضاء الزوجة لم يصدر ، والا أن يكون المال المبيع مما يمتنع أن يكون مملوكا لغير الزوجة » . وهذا النص يعتبر مجرد تطبيق لفكرة انفصال الملكية واستقلال كل من الزوجين لملكيته . ذلك أن الزوج لا يملك التصرف فى أموال الزوجة دون أن ترتضى هى ذلك لانها لا تتجرد من ملكية حصصها . ولهذا يعتبر تصرف الزوج باطلا فى حصص الزوجة متى صدر دون رضاء منها . ويفرق فى هذا الشأن بين العقار والمنقول . ففى العقار قد يكون من العسير أن يتصرف

الزوج دون رضاء الزوجة ، أما فى المنقول فالأمر يختلف عن ذلك . ولهذا أراد المشرع كفالة لاستقرار المعاملات أن يجعل مجرد تصرف الزوج فى المنقول قرينة على رضاء الزوجة بالتصرف ولا تزول هذه القرينة الا باثبات واحد من أمرين : أولهما أن تثبت الزوجة أن المشترى كان يعلم أن المال مملوكا لها ، وثانيهما أن تثبت الزوجة أن المال المبيع يمتنع أن يكون مملوكا الا لها هى .

أما الزوجة فلا يجوز لها أن تتصرف فى أموال الزوجية الا بصفتها نائبة عن الاتحاد ، ولا يجوز لها أن تتصرف فى أموالها الا بموافقة الزوج ، ومع هذا فقد تعرض صور من التصرف تنطوى على شئ من الدقة ولا سيما بمناسبة التركات ؛ فقد يؤول الى الزوجة ميراث والزوجة بالخيار إما أن تقبل الميراث واما أن ترفضه . ورفضها للميراث يعتبر ضربا من ضروب التصرف . وقد واجهت المادة ٢٠٣ هذه الحالة فنصت على أنه لا يجوز للزوجة أن ترفض ميراثا الا بموافقة الزوج فاذا رفض الزوج أن يوافق على رفض الزوجة للميراث كان لها أن تلجأ الى هيئة الوصاية .

والواقع أن الزوجة قد ترفض الميراث اذا كانت التركة مدينة وكانت ديونها أكثر من حقوقها ، ولكن قد يكون للزوجين مصلحة فى حصول الزوجة على هذا الميراث ، ولذلك أبيح للزوج أن يراقب استعمال الزوجة لحقها فى رفض التركة التى تؤول اليها ؛ فهى لا تملك الرفض الا بموافقته ، فان أبى عليها هذه الموافقة تعسفا منه كان للزوجة أن تحتكم الى هيئة الوصاية .

هذه هى الاحكام العامة المتعلقة بحق الزوج فى الادارة والانتفاع ، وقد كان طبيعياً أن يرتب القانون ضمانات معينة للزوجة تكفل صيانة حقوقها فى ملكية المال الذى يدخل فى الاتحاد .

وأول هذه الضمانات هو حق الزوجة فى اعداد قائمة الجرد ، وهذه ضمانة اتفاقية ، إلا أن القانون نظم ضمانات أخرى ، فنص أولا على أن للزوجة أن تطالب الزوج بتقديم تأمينات تضمن وفاء الزوج بما قد يترتب فى ذمته من حقوق ، ونص أخيرا على حق امتياز للزوجة فى حدود نصف قيمة حصصها عندما يفلس الزوج .

انتهاء نظام اتحاد الأموال

بقى أن نتبين القواعد المتعلقة بانتهاء نظام اتحاد الأموال وتصفية العلاقات المالية بين الزوجين عندئذ . ونظام الاتحاد ينتهى اما باختيار الزوجين لنظام آخر بمقتضى مشارطة أموال زوجية ، واما بانتهاء رابطة الزوجية بالطلاق أو بالموت ، والقاعدة أنه أيا كان سبب انتهاء نظام الاتحاد فثمة أحكام تتبع فى تصفية علاقات الزوجين ، وهذه الأحكام تتناول مسألتين :

المسألة الأولى : فرز ملكية كل من الزوجين أو مايسمى أحيانا بتصفية الملكية .

والمسألة الثانية : هى حساب نتيجة الاتحاد أى حساب الخسارة أو الربح .

١ — **تصفية الملكية** : ففيما يتعلق بالمسألة الأولى عندما ينتهى الاتحاد تحل الوحدة الاقتصادية التى جمعت حصص الزوجة وحصص الزوج و الأموال الطارئة ، وعلى هذا الأساس تسترد الزوجة عينا مايكون قائما من حصصها ويسترد الزوج عينا مايكون قائما من حصصه ، ويأخذ الزوج فضلا عن ذلك جميع الأموال الطارئة بوصفها مملوكة له . وعلى هذا الوجه تصفى مسألة الملكية . وهى تنتهى فى الحقيقة الى استئثار كل من الزوجين بأموال الزوجية التى كانت مملوكة له .

٢ — **حساب نتيجة الاتحاد** : أما المسألة الثانية وهى مسألة حساب نتيجة الاتحاد فهى مسألة حسابية ينتهى أمرها إلى عمل تقديرين، تقدير لأموال الزوجية وقت بدء الاتحاد ، ثم تقدير لأموال الزوجية وقت انتهاء الاتحاد ، فان اسفرت المقارنة بين النتيجتين عن فائض فى القيمة قيل ان الاتحاد انتهى الى خسارة . والربح يقسم بين الزوجين بنسبة الثلثين للزوج والثلث للزوجة الا اذا اتفقا على نسبة أخرى فى التوزيع . أما الخسارة فيتحملها الزوج وحده .

ويلاحظ أن اتمام الحساب بين الزوجين والانتهاء فى التصفية الى نتيجة معينة لايترتب عليهما ترتيب عينى للزوجة فى الأرباح ان وجدت لأن الربح ليس بمال مادى ولأن الأموال الطارئة تعتبر ملكا للزوج ، ولهذا لا يكون

للزوجة الا أن تطالب زوجها بدين تعادل قيمته نصيبها فى الربح هو مجرد حق شخصى أو حق دائنين يخول الزوجة أن تطالب الزوج بمبلغ من المال فحسب ، وتقدر قيمة الربح أو الخسارة وفقا لأحكام القانون أو وفقا لاتفاق الزوجين اذا تضمنت مشارطة الأموال اتفاقا خاصا فى هذا الشأن .

وقد أثيرت مسألة جواز اتفاق الزوجين على تعديل نصيب الزوجة أو الزوج فى الربح ، فالقانون يقرر عند عدم وجود الاتفاق أن الزوجة تنال الثلث فى الربح أما الزوح فيكون نصيبه الثلثين ، فهل يجوز الاتفاق على تعديل هذه النسبة أو على أن يكون لأحد الزوجين الربح كله أو أن يتحمل أحد الزوجين الخسارة كلها دون ربح ؟

الجواب أن هذه المسألة مرت بمرحلتين : مرحلة أولى تردد فيها الفقه فذهب فريق منه الى أن التعديل جائز ولكن فى الحد الذى لايستتبع اعطاء الربح كله لزوج وتحميل الخسارة كلها لزوج آخر ، اذ فى هذه الحالة يكون الاتفاق قد انطوى على شرط جائر ، ومثل هذا الشرط باطل بالنسبة الى الشركة العادية اذ هى تبطل متى وجد فيها مايسمى بشرط الأسد ، فكذلك ينبغى أن يكون الحكم فى المشاركة فى الأرباح . الا أن هذا الرأى هجر بعد ذلك فى الفقه بعد أن استقر القضاء عليه ، ولذلك يجمع الفقهاء فى الوقت الحاضر على أساس اجماع القضاء على أن للزوجين أن يعقدا فى شأن توزيع الربح أى اتفاق شاءا ولو كان من شأن هذا الاتفاق أن تؤول الارباح كلها الى أحد الزوجين وأن يتحمل الزوج الأخر الخسارة بالغة قيمتها مابلغت .

ويستند هذا الرأى الى أن المشاركة فى الأرباح فى ظل نظام الاتحاد ليست من قبيل الشركات المالية ؛ فقد يقع عملا أن يطبق نظام اتحاد الأموال على زوجين لم يأت أحدهما بحصة ولم يدخل فى أموال الزوجية مالا من الأموال ، وفى هذه الحالة تكون أموال الاتحاد جميعاً مملوكة لصاحب الحق فيها ، وعلى ذلك يكون لهذين الزوجين أن يتراضيا على اتباع قاعدة فى التقسيم تخالف القاعدة التى يقررها القانون . فلو فرض مثلا أن الزوج كان ماليا وأن الزوجة كانت معدمة فمثل هذا الاتفاق سائر بينهما . على أن الامر لا يقف عند هذه الحدود بل أن علاقات الزوجية تتناول مسائل بالغة الدقة ،

ولهذا ينبغى أن يكون لهما الحق فى التراضى على القواعد المتعلقة بتعيين نصيب كل منهما فى الربح سواء بالزيادة أم بالانقاص ، فلا يوجد ما يمنع مثلا من أن يتفق الزوجان على أن تستقل الزوجة المعدمة بالربح كله حتى يكفل لها عند انحلال رباط الزوجية أو انقضائه نصيب من المال يتكافأ مع المركز المالى للزوج.

وبديهى أن القاعدة المتعلقة بتقسيم الربح ليست من النظام العام على هذا الوجه ، ولهذا لا يجوز للزوجين ولو لم يتفقا من قبل على نظام معين لتوزيع الأرباح فيما بينهما أن يتراضيا عند التصفية على أية تسوية فى شأن توزيع الربح ، اذ أن الاعتراف للزوجين بحق التنازل مقدما عن كل نصيب فى الربح يثبت لهما من باب أولى حق التنازل عن هذا الربح بعد أن يتولد على أساس التصفية . ويلاحظ أخيرا أن الحق فى الربح يتحدد من الناحية الزمنية فى وقت معين هو وقت انحلال الزواج أو انقضاء رابطة الزوجية ، فالحق فى الربح لا يولد الا هذا الوقت ، أما قبل ذلك فلا يوجد الحق اذ قيام الزوجية يجعل الزوج مستقلا بملكية حصصه وملكية الأموال الطارئة كما يجعله مستقلا بمنفعة حصص الزوجة ، وعلى ذلك لا يكون للزوجة حق فى ربح أو أن تطالب بشئ من ذلك ما بقيت الزوجية قائمة .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يقدر دين الربح بالقيمة التى يسفر عنها حساب التصفية عند انتهاء نظام اتحاد الأموال . فلو فرض أن التصفية استغرقت وقتا طويلا فلا ينبغى أن تقدر عناصر الحساب الا بقيمتها فى وقت انتهاء النظام لا عند الحصول على نتيجة التصفية .

وأهم ما يلاحظ فى نظام اتحاد الأموال أنه لا يتضمن اطلاقا فكرة مشاركة فى مال من أموال الزوجية فمن ناحية الحقوق العينية لا توجد فى هذا النظام الا أموال مملوكة للزوجة وأموال مملوكة للزوج وحق انتفاع يتمتع به الزوج وحده . وفيما يتعلق بالحقوق الشخصية أو الديون لا يكون للزوجة الا مجرد دين بنصيبها فى الربح عند تصفية النظام وكذلك ديون تعويضية تثقل ذمة الزوج .

وقد يكون غريبا أن يتولد حق الزوجة فى الربح عند انتهاء النظام ولكن يجب أن يلاحظ أن مصدر هذا الحق هو نص القانون وان الاتفاق قد يعدل فى مداه وقد يؤدى الى انعدامه ولكنه متى وجد سواء بحكم اعراض الزوجين عن اختيار نظام لاموال الزوجية ، او بحكم تعديلهما لنظام الأرباح ، فهو يستند دائما الى نص القانون ولا يولد الا فى الوقت الذى يعينه القانون وهو الوقت الذى ينتهى فيه الاتحاد ، شأنه من هذا الوجه شأن دين الضريبة ، فهذا الدين لا يولد ابتداء من السنة المالية التى تستحق عنها الضريبة ، ولكنه يولد بانقضاء هذه السنة ولا يكون مستحق الاداء الا بصدور الورد النهائى .

المبحث الثاني

فى نظام الاشتراك فى الأموال

يعتبر نظام الاشتراك فى الأموال نظاما قليل التطبيق فى سويسرا ، والاشتراك لا يتقرر إلا بمقتضى مشارطة تتبع فيها الاجراءات المتعلقة بمشارطات أموال الزوجية . وتحدد المشارطة الأموال التى تدخل فى نطاق الاشتراك ، فإن سكتت كانت الأموال المشتركة تتناول جميع حصص الزوجية ولا تخرج من هذه الأموال الا ما يعتبر مالا محتفظا به للزوج أو للزوجة .

وستتناول فيما يلى طبيعة الحق فى الأموال المشتركة ، وكيفية التصرف فيها ، وادارتها ، ومدى مسئوليتها عن الديون .

(١) طبيعة الحق فى الأموال المشتركة :

يعتبر المال المشترك مملوكا ملكية يد مشتركة على النحو المقرر فى القانون السويسرى ، وهذه الملكية تختلف عن الملكية على الشيوع ، إذ أن المالك على الشيوع يملك ملكية مفرزة النصيب الشائع أوحصته المعنوية ، أما فى ملكية اليد المشتركة فحق الملك يستقر فى يد الشريكين معاً . وقد أشرنا من قبل الى ما بين الملكية المشتركة ومابين الشيوع من فوارق .

(ب) الادارة والتصرف :

يعتبر الزوج أو الزوجة ممثلا للاشتراك فى الحدود التى يقررها القانون أو الاتفاق ، ويكون كل منهما فى حدود تمثيله للاشتراك أن يتولى أعمال الادارة . والأصل كما قدمنا أن الزوج هو الذى يمثل الأموال المشتركة ، أما نيابة الزوجة فتنحصر فى حدود ضيقة سبقت الاشارة إليها من قبل ، ولهذا تكون القاعدة أن الزوج هو الذى يتولى الادارة فى الأصل ولا يكون للزوجة حق الادارة فى حدود تمثيلها للاشتراك أى فى الحدود التى تقدم ذكرها فى صدد اتحاد الأموال ، أما فيما يتعلق بحق التصرف فقد تمشى القانون السويسرى مع فكرته فى تكييف الحق فى المال المشترك واعتباره ملكية يد مشتركة ، ولهذا أجاز للزوح أن يتصرف فى المال المشترك ، ولكن بموافقة الزوجة . كما أنه أجاز للزوجة أن تتصرف فى المال المشترك ولكن بموافقة الزوج .

وحاصل هذا البيان أن لكل من الزوجين أن يتصرف فى المال المشترك ، لكن بموافقة الزوج الآخر .

(ج) المسؤلية عن الديون :

يسأل المال المشترك عن ديون الزوج كما يسأل عن ديون الزوجة ،و يسأل الزوج فى أمواله الخاصة عن ديون المال المشترك .

يبين مما تقدم أن نظام الاشتراك فى القانون السويسرى يكاد يماثل نظيره فى القانون الفرنسى ، ولكن توجد بين النظامين فوارق لايجوز الانتقاص من قيمتها ، ومتى انتهى هذا النظام اما من طريق إنتهاء الزوجية أوانحلال رباطها أو من طريق الاتفاق على إنهاء نظام الاشتراك صفيت الأموال المشتركة ، لكن تختلف التصفية فى هذه الحالة عن تصفية أموال الاتحاد ، ففى الاتحاد يسترد كل من الزوجين حصصه ، أما فى الاشتراك فالمال المشترك هو الذى يقسم بين الزوجين على أساس أن لكل منها حقا فيه أى حق فى رقبته ، ولهذا تفنى ذاتية الحصص ، إذ أن الاشتراك ينشىء بين الزوجين فى حدود المال المشترك وحدة إقتصادية ووحدة قانونية فى آن واحد . بمعنى أن ملكية الحصص تستحيل من ملكية فردية إلى ملكية يد مشتركة ولهذا يجب أن تتم القسمة على أساس وجود هذا النوع الأخير من الملكية .

ثم إنه يلاحظ من ناحية أخرى أن الأصل أن تتم قسمة الأموال المشتركة، سواء منها ما كان قائما وقت ابتداء الزوجية وما كان منها قائما وقت إنتهاء نظام الاشتراك مناصفة بين الزوجين ، إلا أن ينص نظام الأموال فى مشارطة إنشائه على تعديل فى تلك النسبة . ومع ذلك فقد احتاط المشرع واحتفظ فى حالة الموت لورثة الزوج المتوفى بالربح فى الأموال المشتركة ، وفى أكثر الأحيان يضع الزوجان نظاماً خاصاً فى مشارطة أموال الزوجية يواجه كيفية التقسيم ويتناول من طريق غير مباشر ذلك التحفظ الخاص باثبات حق الورثة فى ملكية ربع الأموال المشتركة .

وقد عرض على القضاء السويسرى فيما يتعلق بحق الزوجين فى تعديل الأنصبة تعديلا يتناول من طريق غير مباشر الاحتفاظ بالربح المتقدم ذكره . وقد أقر قضاء المحكمة العليا أن الاتفاقات المتقدم ذكرها تنطوى دون شبهة على تعسف فى استعمال الحق ولكنه تعسف لا يملك القضاء أن يشرع جزاء له ، ويكاد قضاء المحاكم السويسرية فى هذه المسألة ينتهى الى إعتبار حق الزوجين فى الاتفاق على تعديل الحصص فى نظام الاشتراك حقاً مطلقاً أو حقاً غير مبرر ، على حد مايقول به الفقه الفرنسى عند اخراجه لبعض الحقوق من نطاق سوء استعمال الحق .

هذه هى القواعد العامة فى نظام اشتراك الأموال . ولكن هذا النظام قد يتخذ صورا أخرى ، فأحياناً يتفق على اخراج طائفة جسيمة من الأموال من نطاقه ، وأحياناً يتفق على الابقاء عليه حتى بعد انتهاء الحياة الزوجية . ولهذا وجدت صور متعددة نخص بالذكر منها صورتين :

الأولى : نظام الاشتراك الممتد . والثانية : نظام الاشتراك المقصور على الأموال الطارئة .

(ا) الاشتراك الممتد :

لايعتبر الاشتراك الممتد نظاما من نظم أموال الزوجية وأنما هو اشتراك يوجد فى كنف نظام الاشتراك فى الاموال ولكن يستبقيه الزوج الباقى على قيد الحياة مع ورثة الزوج الآخر الذى مات ، وذلك بإتفاق خاص . ولهذا الاتفاق

فائدة محققة إذ هو يبقى على المال مندمجا فى اليد المشتركة لمصلحة العائلة نفسها ، إذ الطبيعى أن ينقضى الاشتراك بموت أحد الزوجين ، وفى هذه الحالة تتم التصفية وقسمة الأموال بين أصحاب الحق فيها ، أى بين الزوج الباقى على قيد الحياة وورثة الزوج المتوفى ، فإذا رأى الطرفان ألا مصلحة لهما فى اجراء هذه التصفية كان لهما بمقتضى اتفاق خاص ، لا يشترط فيه شكل من الاشكال ، أن يتفقوا على إبقاء المشاركة قائمة بينهم ، ولهذا تسمى المشاركة بالمشاركة الممتدة ؛ إذ أن أساسها هو الاشتراك فى أموال الزوجية .

وبديهى أن مثل هذه المشاركة تتحقق حتى فى ظل اتحاد الأموال ، فإذا مات أحد الزوجين كان لورثته أن يتفقوا مع الزوج الآخر الباقى على قيد الحياة على إنشاء ملكية مشتركة بحصص هذا الزوج الأخير وحصصهم .

ويلاحظ أن الأموال التى تدخل فى الشركة الممتدة هى أموال ورثة الزوج الذى مات إذا أجمعوا على ذلك ، أو أموال من يقبل منهم امتداد المشاركة بالنسبة الى حصته ، ولايدخل فى الشركة الممتدة إلا تلك الأموال ، أما الأموال الطارئة التى تؤول الى أى من الشركاء فلا تدخل فى هذه المشاركة .

وتنحل هذه المشاركة انحلالا كاملا اذا رغب الزوج الباقى على قيد الحياة فى تصفيتها أو اذا رغب الورثة فى ذلك . كما أن المشاركة تنحل انحلالا جزئياً اذا رغب أحد الورثة فى الخروج منها أو مات أحدهم وآل نصيبه الى الباقين ، ولغير ذلك من الأسباب المتعلقة بإنقضاء المشاركة إنقضاء كاملا أو جزئياً .

ومتى انقضت المشاركة تمت التصفية ، لا على أساس قيمة الأموال عند انقضاء رباط الزوجية ، ولكن على أساس قيمتها عند تحقق السبب الجديد.

(ب) الاشتراك المقصود على الاموال الطارئة : نصت المادة ٢٣٨ على أن « للزوجين أن يشترطا فى مشارطة أموال الزوجية أن تكون الملكية المشتركة قاصرة على الأموال الطارئة . وتعتبر الاموال التى تكتسب ملكيتها أثناء الزواج مكونة للأموال الطارئة وتخضع للقواعد المتعلقة بالاشتراك ، ويستثنى من هذه الاموال ما يتم اكتسابه من طريق الشراء بمال لم يكن من قبيل الاموال الطارئة » . ونصت المادة ٢٤٠ على أن « الربح الذى يكون

قائما وقت حل الاشتراك يؤول بحق النصف الى كل من الزوجين أو الى ورثتهما ، أما الخسارة فتقع على عاتق الزوج أو ورثته، ما لم يقم الدليل على أن هذه الخسارة ترجع الى خطأ الزوجة . ويجوز أن ينص فى مشاركة أموال الزوجية على طريقة أخرى لتوزيع الربح أو الخسارة » .

ومن هذين النصين يبين أن نظام الاشتراك الذى يقتصر على الأموال الطارئة يتميز بميزتين : يتصل أولهما بنطاق الأموال المشتركة ، ويتصل الثانى بكيفية القسمة عند انتهاء الاشتراك .

فبالنسبة الى المسألة الأولى يتضح من نص المادة ٢٣٩ أن الاشتراك القاصر عل الأموال الطارئة لا يتناول الا كل مال يتم كسبه بعد انعقاد الزواج بسبب يختلف عن الميراث أو التبرع أو الشراء بثمن تم الحصول عليه من طريق بيع مال لا يدخل فى نطاق الأموال الطارئة .

ولكن يلاحظ أن اقتصار نطاق النظام على الأموال الطارئة وحدها لا يمكن أن يتم الا بمقتضى نص خاص فى مشارطة أموال الزوجية ، فان لم يتفق الطرفان على ذلك فى المشارطة كان عقدهما مجرد اشتراك عام فى الأموال ، وهذا الاشتراك العام يخضع للقواعد التى تقدم ذكرها فى نظام الاشتراك من قبل .

ويلاحظ دائما أن انتصار الاشتراك على الأموال الطارئة لا يعنى أن المال الطارئ يكون نتيجة لعمل الزوجين بل مثل هذا الملل الطارئ يتوافر من طريق الاقتصاد فى النفقات ، فثل هذا المال المقتصد هو الذى يخصص عادة لاقتناء الأموال الطارئة . ولهذا يقال أن للزوجين أجرهما فى اقتناء الأموال الطارئة ، فلولا تعاونهما على الاقتصاد لما اتيح تدبير المال الذى يشترى منه ما يعتبر مالا طارئا . ولهذه العلة وضع القانون السويسرى قاعدة خاصة باقتسام الربح فى الحالة التى يكون فيها نظام الاشتراك مقصورا على الأموال الطارئة . وهذه هى الناحية الثانية . فاذا وجد ربح عند انتهاء الاشتراك كان هذا الربح من حق الزوج والزوجة مشتركين على قدم المساواة بمعنى أن الزوجين يقتسمان مناصفة هذا الربح فيكون لكل منهما نصفه ويحل

ورثة كل من الزوجين محله فى هذه القسمة . فلو فرض مثلا أن انحلال الاشتراك تم بسبب موت الزوج ، ففى هذه الحالة يكون لورثة الزوج الحق فى نصف الربح ، ولو فرض أن هذا الانحلال تم بسبب موت الزوجة فيكون لورثة الزوجة الحق فى نصف الربح ، باعتبار أنه كان من حق الزوجة أن تحصل عليه فيما لو بقيت على قيد الحياة . ولا يستثنى من قاعدة الاشتراك مناصفة فى الربح أن يشترك الزوج الباقى على قيد الحياة فى الحصول على نصيب من النصف بوصفه وارثا للزوج الآخر.

الا أن قاعدة التساوى فى اقتسام الربح لا تطبق بالنسبة الى الخسارة ؛ ففيما يتعلق بالخسارة لا يشترك الزوجان مناصفة وانما يتحمل الزوج وحده عبء الخسارة كاملة دون أن تشركه الزوجة فى ذلك .

هذه هى القاعدة العامة ، الا أن القانون يورد استثناء خاصا على هذه القاعدة ، وهذا الاستثناء هو استثناء فى المظهر أكثر منه استثناء حقيقيا ، فقد الزم القانون السويسرى الزوجة بأن تتحمل الخسارة فيما لو أقيم الدليل على أن هذه الخسارة ترجع الى تقصير الزوجة ، كما لو فرض مثلا أن الزوجة تولت استغلال المال فاسفر استغلالها عن خسارة ترجع الى تفريطها . وواضح من عرض القاعدة على هذا الوجه أن الاصل هو وقوع الخسارة على كاهل الزوج ولا تلزم الزوجة بها الا بتوافر أمرين :

أولهما رجوع الخسارة الى تقصير الزوجة ، والثانى اقامة الدليل على أن تقصير الزوجة هو سبب الخسارة فلا يكفى مجرد الادعاء بأن الزوجة قد تسببت فى الخسارة بل يجب على من يدعى ذلك أن يتحمل عبء الاثبات . وعلى هذا النحو يقع عبء الاثبات دائما على الزوج أو ورثته ، متى كان هو أو كان الورثة يرغبون فى تحميل الزوجة الخسارة كلها أو نصيب منها . ولا يكفى على أى حال أن يقام الدليل على أن الزوجة كانت تدير المال ، بل يجب أن يقام الدليل على أن تقصيرا معينا وقع من الزوجة وأن هذا التقصير هو الذى نجمت عنه الخسارة . ولهذا السبب يكاد يكون هذا الاستثناء مجرد تطبيق للقواعد العامة فى المسئولية عن الفعل الضار .

المبحث الثالث

فى نظام فصل الاموال

أفرد القانون المدنى السويسرى لنظام فصل الأموال سبع مواد تناول فيها آثار هذا النظام وحقوق الزوجين فى الملكية والادارة ، ومسئوليتهما عن الديون وحقوقهما فى ريع أموالهما وفى كسبهما من العمل ، والتزام كل منهما بالانفاق على شئون الزوجية ، والى جانب هذا كله خصصت مادة وحيدة لنظام البائنة ، فنصت المادة ٢٤٧ على أن للزوجين أن يتفقا فى مشارطة أموال الزوجية على أن يكون جزء من أموال الزوجة مرتبا بصفة بائنة لمصلحة الزوج للمعاونة فى أعباء الحياة الزوجية ، وتعتبر الأموال التى تترك للزوج على هذا الوجه خاضعة لنظام اتحاد الأموال الا اذا اتفق على غير ذلك .

ومعنى هذا أن المال الذى يرصد للزوج كبائنة يخضع للقواعد المقررة فى اتحاد الأموال من حيث جواز التصرف فيه أو عدم جواز ذلك ، ومن حيث تملك الزوج لثماره وتمتعه بحق انتفاع بالنسبة اليه ، ومن حيث اقتسام ما يتصل بهذا المال من ربح ، فكأن القانون المدنى السويسرى يتهيب من الاخذ بالقواعد الجامدة التى اتبعها التقنين المدنى الفرنسى فى شأن نظام البائنة ، ولهذا اخضعت البائنة للقواعد المتعلقة بنظام اتحاد الأموال دون زيادة ، اللهم الا ما يتفق عليه الزوجان فى مشارطة أموال الزوجية فيما لو أرادا مخالفة تلك القواعد .

ويبين من ذلك أن نظام البائنة فى سويسرا يعتبر صورة من صور نظم فصل الأموال ، لأن مال البائنة هو الذى يخضع وحده للقواعد الخاصة بإتحاد الأموال ، أما ماعدا ذلك من الأموال الموجودة والمملوكة لكل من الزوجين فيخضع للقواعد المقررة فى نظام فصل الأموال .

ونظام فصل الأموال قد يتبع إبتداء فيما لو اتفق الزوجان على اتباعه بمقتضى مشارطة أموال الزوجية ، ولكنه أيضا قد يطرأ على الزوجين بعد أن يكون قد خضعا لنظام آخر ، ويرجع ذلك اما بسبب اتفاق الزوجين على انهاء نظام زوجية سابق و الاستعاضة عنه بنظام فصل الأموال ، وهذا جائز فى القانون

السويسرى على خلاف ما رأينا بالنسبة لأحكام القانون الفرنسى ، وأما أن يلجأ أحد الزوجين الى القضاء ليقضى بفصل الأموال ، وقد تقدمت الاشارة الى ذلك ، وأما أن ينص القانون على وقوع الانفصال بقوة القانون كما هو الحال فيما لو أفلس أحد الزوجين وقصرت أمواله عن الوفاء بحقوق دائنيه . ولكن أيا كان وضع نظام الفصل بين الأموال فالقواعد المتعلقة به لا تختلف باختلاف سبب اتباعه ، وهذه القواعد تتركز حول مبادىء ثلاثة :

المبدأ الاول : هو استقلال ذمة كل من الزوجين واستقلالهما بتملك أموالهما وما تغل من ثمرات . فكلما وجد نظام إنفصال الأموال كان كل من الزوجين مستقلا بملكية ماله ، يستوى فى ذلك أن يكون المال أصيلا أم طارئاً ويستقل كذلك كل زوج بتملك ما تغل أمواله من ريع أو دخل ، فهو من هذه الناحية يختلف عن نظام اتحاد الأموال إذ أن هذا النظام الأخير يخول الزوج حق انتفاع بأموال الزوجية بينما لا يؤدى نظام الفصل الى تخويل الزوج أى حق من هذا القبيل . إلا أن هذا الفصل فى الملكية والانتفاع عادة يستتبع عادة فصلا فى الادارة أيضاً ، ولهذا يكون لكل من الزوجين أن يستقل بإدارة أمواله ، والاستقلال بالإدارة يعتبر نتيجة للاستقلال بالانتفاع . على أن الإعتبارات العملية تجعل نظام الفصل الكامل من الناحية التطبيقية نظاماً يعسر تطبيقه تطبيقا دقيقاً ؛ ففى كثير من الحالات تعهد الزوجة الى زوجها بإدارة مالها ، ولهذا رأى واضع القانون السويسرى أن ينظم الصورة التى تعهد فيها الزوجة الى الزوج بالإدارة ، فوضع فى هذا الشأن حكمين لهما أهمية عملية بالغة :

أولهما : أنه لا يجوز للزوجة أن تتنازل تنازلا صحيحاً عن حقها فى استعادة إدارة مالها فيما لو عهدت بهذه الإداره الى زوجها أيا كان الوقت الذى تسترد فيه الزوجة حقها فى الإدارة . ذلك أن القانون السويسرى طبق على الزوج فى هذه الحالة قواعد الوكالة وجعل للموكل أى الزوجة أن يعزل وكيله فى أى وقت شاء ، فالواقع أن الأصل فى الوكالة أن يكون للموكل حق عزل الوكيل إلا اذا كانت الوكالة لمصلحة الوكيل أو لمصلحة الغير . ولكن القانون فى ظل نظام فصل الأموال نفى احتمال تطبيق فكرة صرف الوكالة لمصلحة الوكيل فلم يجعل من إدارة الزوج لأموال الزوجة مصدراً لكسب مادى للزوج أو فرصة

لتحقيق مصلحة تتعلق به . فما دام أن الزوجين قد اختارا نظام الفصل ، فمن الواجب أن يكون لكل منهما حقه الكامل فى أن يستقل بملكية ماله والانتفاع به وبإدارته ، ولهذا عنى المشرع بالنص صراحة على عدم جواز تنازل الزوجة عن حقها فى استرداد إدارة أموالها فى أى وقت تشاء فيما لو عهدت بالادارة الى الزوج ، وهذا النص يتضمن فى جانب منه تطبيقاً للقواعد العامة فى الوكالة ، وفى جانب آخر حماية للمرأة المتزوجة من أن يفضى تنازلها عن حق الإدارة الى تخويل الزوج حق إنتفاع بالمال دون أن يوجد تنظيم لكيفية حصول الزوجة على نصيب من ربح أو على ثمرات هذه الإدارة .

وثانيهما : حكم يتعلق بالحساب ، فقد نص القانون السويسرى صراحة على أنه اذا عهدت الزوجة بادارة أموالها الى الزوج كان من المفروض أنها تتنازل عن مطالبته بالحساب أى بتقديم حساب أثناء قيام الزوجية وأنها كذلك تترك له ايراد هذه الاموال جميعه للانفاق منه على شئون الزوجية . ويبين من ذلك أن القانون أقام قرينة على اتفاق الزوجة على اعفاء الزوج من تقديم الحساب وعلى الزوج يقوم بانفاق الريع فى شئون الزوجية . فمنطق تكليف الزوجة للزوج بادارة الأموال يقتضى قيام هذه القرينة ، ولكن الأمر لا يعدو قرينة متعلقة بالنظام العام بمعنى أن للزوجين أن يتفقا على تكليف الزوج بتقديم حساب ، كما أن لهما أن يتفقا على أن يخصص الزوج نصيبا معينا من ايراد أموال الزوجية للانفاق على شئون الزوجية وان كان من النادر ان يتم اتفاق من هذا القبيل .

اما المبدأ الثانى : فهو يتعلق بمسئولية كل من الزوجين عن الديون ، وقد عرض القانون المدنى السويسرى لهذه المسئولية فى نصين فقرر فى المادة ٢٤٣ بأن « الزوج يسأل شخصيا عن ديونه السابقة على الزواج وعن الديون التى تعقد أثناء الزواج ، تستوى فى ذلك أن تكون هذه الديون قد عقدت من الزوج نفسه أو من الزوجة بوصفها ممثلة لاتحاد الزوجية أى للاسرة وتلزم الزوجة بديونها السابقة على الزواج وبالديون الشخصية التى تنشأ على عاتقها أثناء الزوجية ، وتلزم الزوجة فى حالة اعسار الزوج بالديون التى يعقدها هو أو تعقدها هى للانفاق على الشئون المنزلية » . ومن هذا النص

يبين أن كلا من الزوجين يستقل بالمسئولية عن ديونه السابقة على الزواج. أما الديون اللاحقة للزواج فيسأل عنها الزوج متى عقدها هو أو متى عقدتها الزوجة بوصفها ممثلة للاسرة ، ولا يستثنى من مسئولية الزوج عن هذا النوع الاخير من الديون أى الديون المتعلقة بالانفاق على شئون الزوجية الا الحالة التى يكون فيها الزوج معسرا ؛ وفيها تلتزم الزوجة بأداء هذه الديون سواء عقدتها هى أم عقدها الزوج.

وفيما عدا الاستثناء الاخير لا تسأل الزوجة الا عن ديونها الشخصية التى تعقدها بعد الزواج.

فخلاصة القاعدة الأولى اذن أن كلا من الزوجين يستقل بتحمل ديونه، أما ديون الشئون المنزلية فيتحملها الزوج فى الاصل ولا تتحملها الزوجة الا اذا كان الزوج معسرا .

وتنص المادة ٢٤٤ على أنه « لا يجوز للزوجة أن تطالب بحق امتياز فى تفليسة الزوج أو بمناسبة توقيع أى حجز عليه حتى ولو كانت قد عهدت اليه ادارة أموالها ، وذلك كله دون اخلال بالحقوق المتعلقة بالبائنة » . والواقع أن هذا النص يقرر النتيجة المنطقية لمبدأ استقلال كل من الزوجين فى ملكية ماله ، وفى ادارة المال والانتفاع منه . فليس للزوجة أن تطالب بامتياز على أموال زوجها بالنسبة الى الدائنين الآخرين .

والمبدأ الثالث : يتعلق بالانفاق على الشئون المنزلية . فقد نصت المادة ٢٤٦ على أن « للزوج أن يطالب الزوجة بالمساهمة بنصيب عادل فى أعباء الانفاق المنزلية ، واذا حصل خلاف بالنسبة الى هذه المساهمة كان لكل من الزوجين أن يطلب الى السلطة المختصة تحديد المساهمة التى يرغب فيها » ، ولا يلزم الزوج أن يؤدى فى مقابل ما تقوم به الزوجة من أفعال فى الشئون المنزلية أى مال »

وعلى هذا الوجه حدد التقنين السويسرى موقف كل من الزوجين بالنسبة للأعباء العائلية فى ظل نظام انفصال الاموال فالزوج هو الملزم أصلا بالانفاق ، ولكن يجوز للزوج أن يطالب الزوجة بأداء نصيب عادل

فى النفقات ، فان اثر خلاف فى هذا الشأن تولى القضاء أمر تعيين هذا النصيب ، والزوجة من ناحيتها ملزمة بأن تؤدى كل ما يقتضيه القيام على الشئون المنزلية من أعمال وهى تؤدى هذه الاعمال دون أن يلزم الزوج بأن يؤجرها فى مقابل ذلك .

والخلاصة : اذن أن نظام فصل الاموال هو نظام يكفل لكل من الزوجين استقلالا فى ماله من حيث الملكية والادارة والانتفاع ، ويكفل مساءلة كل من الزوجين عن ديونه كاملة ، الا أن ديون الشئون المنزلية تقع على كاهل الزوج ولا تسأل الزوجة عنها الا استثناء فى حالة اعسار زوجها .

وكل ماهنالك أن أحكام الوكالة فيما يتعلق بادارة الزوج لأموال زوجته فيما لو عهدت الزوجة الى زوجها بذلك تتخذ صورة خاصة يباح فى ظلها الاعفاء من تقديم الحساب تأسيساً على فكرة أخرى هى افتراض الزوج على الشئون المنزلية من ريع الادارة .

والواقع أن الاعفاء من تقديم الحساب مقصور لذاته باعتبار أنه وسيلة من وسائل اقامة السلام العائلى اذ الأصل أن الوكيل لايعفى اطلاقا من تقديم الحساب .

القسم الثانى

فى أحكام القانون المصرى

كان الفقه وقضاء المحاكم المختلطة يقرران فى غير احتراس قبل الغاء الامتيازات الأجنبية أن مصر لايوجد فيها قانون موحد للاحوال الشخصية وأن نظام أموال الزوجية لاتوجد له قواعد فى القانون المصرى ، ولكن هذه المقدمة ليست صحيحة على الاطلاق ذلك أن الشريعة الاسلامية تعتبر القانون ذا الولاية العامة فى شأن الزواج ، وهذا القانون ينظم العلاقات المالية بين الزوجين وان كان هذا التنظيم يرجع إلى فكرة فصل الأموال ، ثم ان الطوائف المصرية غير الاسلامية مازال تخضع عند اتحاد الملة لشرائعها ولايقصد بهذه الشرائع فى نطاق الزواج ماهو من الدين فحسب وانما يقصد بذلك أولا وقبل كل شئ ماستقر من عرف بين المنتمين الى الطوائف المتقدم ذكرها ،يستوى فى ذلك أن يكون عرفا قننته المجامع الدينية أو أن يكون عرفاً جرى عليه العمل دون أن يتناوله التقنين . والمهم فى شرائع الطوائف غير الاسلامية أن هذه الشرائع قد استقرت فى مجموعها على الاخذ بنظام انفصال الأموال تمشيا مع قواعد الشريعة الاسلامية فيما خلا طوائف قليلة قرنت بنظام فصل الأموال صورة من صور نظام البائنة .

ويبين من ذلك أن النظام المقرر فى مصر هو نظام فصل الأموال بالنسبة إلى المصريين مهما اختلفت أو تباينت عقائدهم ومذاهبهم . الا أن فى مصر أجانب يخضعون لقوانينهم وفقا لقواعد الاسناد المصرية وقد نصت المادة ١٣ من القانون المدنى الجديد على أن يسرى قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج بما فى ذلك من أثر بالنسبة إلى المال .

والواقع أنه أيا كان ما يخالط هذا النص من غموض أو مجاوزة لحدود الدقة ، فمن المقرر فقها و قضاء أن قانون الزوا ج وقت انعقاد الزواج هو الذى يسرى فى شأن النظام المالى بين الزوجين .

ومصدر الصعوبة فى تفسير نص المادة ١٣ أو فى صياغتها أنها تخضع آثار عقد الزواج بما فى ذلك من أثر بالنسبة الى المال للقانون الذى عينته ، وهى بهذا تتحدث عن عقد الزواج لاعن مشارطة أموال الزوجية ، وكان من الواجب أن تكون الصياغة أوضح وأن يفرد النظام المالى بين الزوجين بنص خاص ، ولكن الواقع أن واضعى النص أرادوا منه أن ينصرف الى الآثار المالية جميعا سواء منها الالتزام بالنفقة أم النظام المالى بين الزوجين ، وقد استقر القضاء على هذا التفسير وقضت بذلك محكمة استئناف القاهرة ومحكمة استئناف الاسكندرية فى أبريل سنة ١٩٥٥

وعلى هذا النحو اتبعت الأحكام المقررة فى قانون جنسية الزوج فى شأن العلاقات المالية بين الزوجين ، ولكن النظام المالى بين الزوجين يرتب نوعين من الآثار أو العلاقات المالية :

النوع الأول : الآثار أو العلاقات المالية التى تقتصر على الزوجين وحدهما ، وفى حدود هذا النوع لاتوجد صعوبة فى التطبيق .

أما النوع الثانى : فهو الآثار التى تتعلق بترتيب حقوق عينية أو بالتأثير فى حقوق الدائنين . وهذا النوع الثانى لايمكن التسليم بسريان القانون الشخصى فى شأنه وانما يرجع الى التكييف والى القانون المصرى فى شأنه كلما عرضت مسألة بذاتها .

وعلى هذا النحو يكون من المفيد أن نعرض فى هذا القسم الثانى :

أولا : لقواعد القانون المصرى .

وثانيا : لتحديد مفهوم قواعد الاسناد المصرية فيما يتعلق بتطبيق النظم المالية للازواج فى مصر .

القسم الثانى

الباب الأول

فى قواعد القانون المصرى

المبدأ المقرر فى مصر أن هناك انفصالا كاملا بين ذمة الزوج وذمةالزوجة ومن أجل ذلك استقر فى الأذهان أن مصر لايوجد فيها بوجه عام نظام لأموال الزوجية ، ولكن هذه النظرة لاتعدو أن تكون نظرة سطحية ، فمعيشة الزوجين فى اسرة واحدة واتصال الحياة المشتركة بينهما يستتبعان وجود علاقات مالية ووجود أحكام تتعلق بأموال الزوجية ، وهذه العلاقات وتلك الأحكام هى التى يتكون منها نظام الأموال بين الزوجين .

واذا كانت الأحكام المتعلقة بأموال الزوجين مبعثرة فى أعطاف القوانين المختلفة ، فتفرق هذه الأحكام لاينفى أنها تتواصل فيما بينها وتتكامل لتكون نظاما ينبغى أن يكون فى الوقت الحاضر محلا لاستقصاء دقيق ، بل وينبغى أن يكون هذا الاستقصاء ممتدا الى البحث فى احتمال الاتفاق بمقتضى عقود خاصة على تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين ومدى صحة هذا الاتفاق .

فى الشريعة الاسلامية مثلا توجد قرائن تتعلق بتعيين من يثبت له حق الملك فى المال من الزوجين ، وقد جرى القضاء على تطبيق هذه القرائن فقضى بأن الأصل فى المال الموجود بمنزل الزوجية أن يكون مملوكا للزوجة فيما عدا مايكون وقفا على استعمال الرجال . وقضى من ناحية أخرى بأن مايكون من الامتعة المنزلية وقفا على استعمال السيدات يعتبر مملوكا للزوجة ، بيد أن القرينة فى الحالتين تعتبر من قبيل القرائن البسيطة التى يجوز أن يقام الدليل على عكسها .

هذه ناحية أولى تقررت على أساس آراء الفقهاء ، وهى آراء اقيمت على أساس العرف الجارى لا على أساس اتباع أو انشاء تنظيم معين لأموال الزوجة .

ومن ناحية أخرى اتجهت بعض مذاهب الفقه الاسلامى الى حرمان الزوجة من ميراث العقار وبذلك قصر حقها على أن ترث فى المنقول وحده، واذا كان ظاهر هذا الحكم مجرد تنظيم الارث الا أنه فى الحقيقة يتعلق بالنظام المالى بين الزوجين اذ العلة التى أقيم عليها هذا الحكم تنحصر فى خشية هذا الفريق من الفقهاء من أن ترث الزوجة فى العقارات ثم تتزوج فيما بعد وبذلك تدخل شريكا أجنبيا يتولى فعلا ادارة نصيبها وبذلك ينتفى الانسجام المفروض بين الشركاء ، ومن الواضح أن ارتياب الفقهاء الذين رأوا حرمان المرأة من الميراث فى العقار بغير نص بنى على الغالب الشائع فى البيئة متى وجدوا فيها،وقوام هذا الغالب ماجرى به العرف من استقلال الزوج عادة ، بادارة أموال الزوجة واستغلال هذه الأموال .

الا أن ذلك الرأى لم يقرره إلا قليل من الفقهاء وهو على أى حال غير متبع فى المذاهب الأربعة الأصلية وإنما اتبع فى بعض مذاهب الشيعة .

هذا وذهب بعض فقهاء المالكية الى وجوب حصول الزوجة على إذن من الزوج للتصرف فى أموالها رغم أن الشريعة الإسلامية لا تعرف نظام تقييد أهلية المرأة المتزوجة ورغم أن نصاً من نصوص الكتاب أو السنة لم يرد فى مثل هذا التقييد .

بيد أن الظاهر أن رأى هذا الفريق من الفقاء رغم ندرته وقلة المؤيدين له قد صدر عن اعتبار علمى هو وجوب تشاور الزوجين فيما يتعلق بمستقبل أموالهما ، ومن المفهوم أن يتجه التفكير الى هذه الناحية متى روعى أن رباط الزوجية وإن تعلق بالناحية الروحية أولا الا أن للجانب المالى فيه أثراً قد يؤثر على اتصال التفاهم الروحى .

ورغم أن هذا الرأى يكاد يكون مجهولا ، إلا أنه يكشف عن عناية فريق من فقهاء المسلمين بتحرى حقائق الواقع فى نطاق الحياة الزوجية ، فإذ كان الأصل أن للزوجة حرية كاملة للتصرف فى مالها الا أن من المفهوم أن التصرف قد يؤدى الى إفقار العائلة أو الاضرار بمصالح الأسرة أو الى الاضرار بمصالح الزوج نفسه . ولذلك قد يكون منطقياً أن تستشير الزوجة زوجها قبل إجراء

التصرف ، فإن وافق وطابت نفسه له كان أدعى الى الابقاء على سلام العائلة ، وإن رفض وتصرفت الزوجة رغم هذا الرفض أدى ذلك وجود خلاف بين الزوجين قد يستحكم وينتهى بالفرقة بينهما . واتقاء لهذا الاحتمال الثانى رأت تلك القلة من الفقهاء أن تقيد الزوجة بوجوب الحصول على إذن بالتصرف من طريق الاجتهاد والبحث تمشيا مع ضرورة الابقاء على الوئام بين الزوجين دون استناد الى أى من نصوص التشريع .

ومن كل ما تقدم يبين أن الشريعة الاسلامية درجت على نظام الفصل الكامل بين أموال الزوجين وقد اقتضى هذا الفصل استقلال كل من الزوجين بملكية ماله واستقلال كل من الزوجين بإدارة ماله واستقلال كل من الزوجين بالتصرف فى ماله . ولم يبدر من الفقه الإسلامى اتجاه الى الحد من جمود القواعد الثلاث المتقدم ذكرها إلا فى حدود ضيقة وفى خطى مترددة يساورها الكثير من التهيب والحياد .

وإذا كان موقف الشريعة الإسلامية لم يتطور فى شأن نظام الأموال بين الزوجين ، فقد جدت عوامل من الواقع تبرر التفكير فى الأخذ بمثل هذا النظام ، أولا من طريق تنمية العرف المنظم على الأقل فى الطبقات التى تتولى السبق الى التنظيم ، ومن المحقق أن مثل هذا العرف يستقر دون عناء فى أحكام التشريع فيما لو وضحت معالمه وتحددت تفاصيله .

هذا ويلاحظ من ناحية أخرى أن القانون المدنى تضمن أحكام متفرقة ؛ فجعل الزوجية مانعا من موانع الرجوع فى الهبة ، وجعل رابطة الزوجية مانعاً من موانع الحصول على كتابة فيما لو تحقق أن هذا هو الواقع بين الزوجين . واعتبر فوق ذلك الحيازة غير الواضحة أى التى يشوبها الغموض غير مفضية الى التملك ؛ ولذلك تكون الحيازة بين الزوجين غير موفرة لشرط الوضوح باعتبار صلتهما المتبادلة . بل واعتبر من طريق غير مباشر الزوجية مانع من موانع سريان التقادم . فنص على أن التقادم لايسرى كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولوكان المانع أدبياً . بل واعتبر أن النيابة مانعة من سريان التقادم بين النائب والأصيل ومن المحقق أن الزوج قد يقوم بالنيابة عن زوجته كما أن الزوجة قد تنوب عن الزوج ، وفى كلتا الحالتين اعتبر القانون قيام النيابة مانعا من موانع سريان التقادم .

وهذه القواعد التى قررها القانون المدنى قد تنطوى الى حد بعيد على موانع تحول دون اجتهاد القضاء فى تهذيب نظام لأموال الزوجية ، فالقضاء يقف من علاقات الزوجية موقفا يجب أن يراعى فيه ما لهذه العلاقات من طابع خاص، ولكن اطلاق النصوص لا ييسر له ذلك فى جميع الحالات ، ولهذا السبب ما تزال الاحكام متجهة بوجه عام الى تطبيق قواعد القانون المدنى على النظام المالى فيما بين الزوجين دون تحفظ الا فى القليل النادر من الحالات ، وسنتناول ما يلى :

ملكية كل من الزوجين ، وحق الادارة ، واخيرا حق التصرف.

(أولا) الملكية : يستقل الآن كل من الزوجين بتملك ما يكون لديه من مال قبل الزواج ويستقل كذلك بتملك كل ما يؤول اليه من مال بعقد من عقود المعاوضة أو بعقد من عقود الهبات . وكل ما هنالك أن العرف جرى على النحو الذى تقدمت الاشارة اليه بأن ما يكون موجودا فى منزل الزوجية يعتبر فى الاصل مملوكا للزوجة الا اذا قام الدليل على غير ذلك . ويجرى العمل عادة على اعداد قائمة بجرد أمتعة منزل الزوجية واشتمال هذه القائمة على كل ما يكون مستعملا فى هذا المنزل وعلى الاقرار بأن ما ورد فى القائمة هو ملك للزوجة ، وهذه القوائم شائعة الاستعمال فى دعاوى الاسترداد . وقد جرى القضاء على اعتمادها باعتبار أنها تؤيد القرينة التى أشرنا اليها من قبل حتى بالنسبة الى الغير.

هذا وتعتبر القرينة المتقدم ذكرها من قبيل القرائن البسيطة ، والعلة فى ذلك أن الزوجة لا تلزم باحضار جهاز معها فى منزل الزوجية . وقد نصت المادة ١١٢ من مجموعة قدرى باشا المعروفة باسم الاحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية على أن « المال ليس بمقصود فى النكاح فلا تجبر المرأة على تجهيز نفسها من مهرها ولا من غيره ولا يجبر أبوها على تجهيزها من ماله فلو زفت بجهاز قليل لا يليق بالذى دفعه الزوج أو بلا جهاز أصلا فليس له مطالبتها ولا مطالبة ابيها بشئ منه ولا تنقيص شئ من مقدار المهر الذى تراضيا عليه . وإن بالغ الزوج فى بذله رغبة فى كثرة الجهاز » . ويتضح من ذلك أنه ليس بممتنع عملا ولا قانونا أن تزف

الزوجة بدون جهاز وان كان العرف قد جرى على غير ذلك ، ولهذا يستطيع الزوج أن يثبت بجميع طرق الاثبات أن الزوجة لم تأت بجهاز وأن امتعة المنزل ملك له . وللغير كذلك أن يثبت ما تقدم اذا توافرت لديه الأدلة أو البيانات.

ومؤدى ما تقدم أن الزوجة تملك المهر باعتباره مقابلا ماليا للزواج ، ولا صلة بين تملك الزوجة للمهر ومسألة جهاز الزوجة ، فالجهاز أمر جرى به العرف ولكنه متروك لمحض خيار الزوجة ان أتت به فهو ملكها وأن لم تأت بشئ فلا سبيل للزوج عليها . وهذه القاعدة هى التى كانت أساسا للعرف الخاص بالقرائن المتعلقة بملكية الامتعة المنزلية .

الا أنه قد يقع أثناء قيام الزوجية أن يجدد الزوج الامتعة المنزلية أو أن يضيف عليها قدرا كبيرا ، فهل يكون للزوجة فى مثل هذه الحالة أن تدعى ملكية ما تجدد أو جد؟ لا يوجد عرف بالنسبة الى هذه المسألة ، ومقتضى إطلاق مبدأ استقلال كل من الزوجين بملكه أن يعتبر الزوج مالكا لكل جديد أتى به ومبدأ الاثراء على حساب الغير فى اطلاقه يجعل للزوج حقا فى اقتضاء مقابل التجديد ان كان قد جدد شيئا من أمتعة الزوجية ، الا أن المبدأين لا يطبقان فى اطلاقهما من الناحية العملية فقاعدة الاثراء على حساب الغير لا يطرد تطبيقها حيث يحصل المفتقر على فائدة من الثراء الذى تحقق للغير والزوج عندما يقوم بتجديد الأمتعة لا يفعل ذلك لمصلحة الزوجة وحدها وانما ينتفع هو مما أنفقه ، وقد يكون انفاقه هو الغرض الأساسى من الانفاق ، ولهذا لا يكون للزوج أن يرجع على الزوجة بنفقات التجديد ان كان الجهاز مملوكا لها ، وهو لا يرجع عليها من باب أولى ان كان الجهاز له هو.

وفضلا عما تقدم فان المبدأ الثانى لا يطبق على اطلاقه؛ فقد يضيف الزوج الى الأمتعة المنزلية قدرا كبيرا ويقصد من ذلك الى ايثار الزوجة بتلك الأمتعة الجديدة على سبيل التبرع ، والمسألة هنا تثير اشكالين : أولهما هو اقامة الدليل على انصراف نية الزوج الى التبرع ، والثانى هو الاشكال الخاص بتحقق معنى القبض فى هبة المنقول فيما لو تكن الهبة رسمية .

والأصل فيما يتعلق بالاثبات بين الزوجين أن الزوجية تعتبر مانعا من موانع الحصول على كتابة اذا كان مسلك الزوجين مؤكدا لذلك ، ومع هذا فالاعفاء من الكتابة يتعلق بالحقوق الشخصية أو الالتزامات ، وقد يستدل على ذلك بورود القواعد المتعلقة بالاثبات فى القسم الخاص بالالتزامات أما بالنسبة الى الحقوق العينية فقد يكون فى اعتبار قيام الزوجية مانعا من الحصول على كتابة محلا للنظر ، ولكن الواقع يخالف ذلك فمن يهب منقولا يلتزم بنقل حق عينى على سبيل التبرع . وعلى هذا الوضع يوجد دائما التزام باعطاء فى أساس كل ترتيب تعاقدى لحق عينى ؛ وهذا الالتزام هو الذى يتناول الاعفاء من الدليل الكتابى كلما بررت رابطة الزوجية ذلك .

أما مشكلة القبض بالنسبة الى هبة المنقول فهى على جانب كبير من الدقة لان اشتراك الزوجية فى معيشة واحدة ينفى القطع بحيازة أحدهما للمال الذى يشتركان فى استعماله ، والمقصود بالقبض خروج المال من حيازة الواهب وتسلم الموهوب له لهذا المال على وجه يتأكد معه استئثاره به ويتأكد معه انصراف القصد الى تنجيز التصرف على وجه بات .

وإزاء هذه الصعوبة التى ترجع الى شيوع الحيازة بين الزوجين وضع فقهاء الشريعة الاسلامية قرائن عملية يرجع اليها عند الخلاف ، وقد أجملت المادتان ١١٨ و١١٩ من مجموعة قدرى تلك القرائن فقررت المادة ١١٨ أنه « اذا اختلف الزوجان حال قيام النكاح أو بعد الفرقة فى متاع موضوع بالبيت الذى يسكنان فيه سواء كان ملك الزوج أو ملك الزوجة ، فما يصلح للنساء عادة فهو للمرأة الا أن يقيم الزوج البينه ، وما يصلح للرجال أو يكون صالحا لهما معا فهو للزوج ما لم تقم المرأة البينة ، وأيهما أقامها قبلت منه وقضى له بها ولو كان المتاع المتنازع فيه مما يصلح لصاحبه ، وما كان من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما . »
ومؤدى القاعدة المتقدمة أن الزوجة تعتبر حائزة لما يصلح لاستعمالها ، ولهذا لا يكون للزوج أو لوارثه أن ينازع الزوجة فى قبض ما تكون قد تلقت من زوجها من تبرعات من هذا القبيل كالمصوغات والامتعة التى يكون استعمالها وقفا على السيدات وحدهن كأوانى القصور وما الى ذلك .

أما ما عدا ذلك من الأمتعة فالقرينة فيه قائمة لمصلحة الزوج ، اذ يفترض فيه أنه حائز لكل ما يصلح لاستعمال الرجال ولكل ما عدا ذلك مما يصلح لاستعمال الزوجين معا ، وبديهى أن القرينة فيما يتعلق بالبضائع تعتبر لمصلحة من يتعاطى التجارة ، اذ يفترض فيه أنه حائز للبضاعة ، ويجوز أن يقاس على ذلك كل ما يتعلق بالأدوات الخاصة بالصناعات والحرف ، فهذه الأدوات يفترض أنها مملوكة لمن يباشر من الزوجين الصناعة أو الحرفة .

أما المادة ١١٩ فلم تبق على القرينة التى تقدمت الاشارة اليها فى شأن الحيازة ، اذ وضعت حكما آخر يواجه حالة النزاع بين الزوج الباقى على الحياة وورثة الزوج الآخر فقضت بأنه « اذا مات أحد الزوجين ووقع النزاع فى متاع البيت بين الحى وورثة الميت فالمشكل الذى يصلح للرجل والمرأة يكون للحى منهما عند عدم البينة » . والظاهر أن فقهاء الشريعة لم يردوا طرد القاعدة العامة بالنسبة الى نزاع الورثة مع الزوج الباقى على قيد الحياة وأرادوا أن يكفلوا الابقاء على الامتعة المنزلية ما أمكن للزوج الباقى على قيد الحياة تمشيا مع الاعتبارات العملية التى تغرى بابقاء المنزل ومتاعه للحى من الزوجين بحكم معيشته فيه من قبل . ولهذا يبدوا على القاعدتين الواردتين فى المادتين ١١٨ و١١٩ بعض التناقض ولو أن هذا التناقض يستند الى اعتبارات عملية لا يجوز الشك فى وجاهتها .

وخلاصة ماتقدم إذن أن القرينة الخاصة بالحيازة التى يمكن أن يستخلص منها القبض تقوم على أساس افتراض حيازة الزوجة لما يصلح لها ولما يتعلق بتجارتها أو صناعتها أو حرفتها من أمتعة وحيازة الزوج لما عدا ذلك ، ويستثنى من القرينة المتقدمة الحالة التى ينشأ فيها النزاع بين ورثة من مات من الزوجين والزوج الباقى على قيد الحياة فأيا كان جنس هذا الزوج يفترض فيه عند عدم البينة أنه الحائز والمالك لكل ماعدا ما يصلح للزوج الميت من أمتعة أو أدوات متعلقة بحرفة أو صناعة أو تجارة .

ويتصل بمركز الزوجية فى الملكية مسألتان :

الأولى التبرعات الصادرة لكل من الزوجين ، والثانية كسب كل من الزوجين من عمله .

فالواقع أن الأصل أن كل تبرع يصدر لأحد من الزوجين لا يكون صحيحاً إلا اذا اتبعت فيه الاجراءات الخاصة بالتبرعات بوجه عام ، بيد أن هناك صورة من صور التبرع جرى بها العرف واستقر عليها العمل وأضحت لها أهمية كبيرة من الناحية التطبيقية ، وهذه هى صورة تبرع الآباء بتجهيز البنات عند الزواج ، ولو أجريت الأحكام العامة على هذه الصورة لنجمت عن ذلك صعوبات قد يكون من العسير تخطيها . ولكن الشريعة الإسلامية وضعت للصورة المتقدمة قاعدة تكشف عن نظر الفقهاء إليها نظرة تختلف بعض الاختلاف عن نظرتهم الى التبرعات العادية ، ويستخلص ذلك من المادتين ١١٣و١١٤ مجموعة قدرى ، وتنص الأولى على أنه «اذا تبرع الأب وجهز ابنته البالغة من ماله فإن سلمها الجهاز حال صحته ملكته بالقبض وليس لأبيها بعد ذلك ولا لورثته استرداد شىء منه ، وان لم يسلمه إليها فى مرض موته فلا تملكه إلا باجازة الورثة » وتنص الثانية على أنه « اذا اشترى الأب من ماله فى حال صحته جهاز ابنته القاصرة ملكته بمجرد شرائه سواء قبضته بنفسها وهى مميزة فى حال صحته أو مرض موته أو لم تقبضه فى حياته ، وليس له ولا لورثته أخذ شىء منه ، ولو مات قبل دفع ثمنه يرجع البائع على تركته ولاسبيل للورثة على القاصرة » .

ويستخلص من هذين النصين أن الفقهاء يفرقون فى التبرع بين ما يصدر للبنت القاصرة وما يصدر للبالغة من أبيها لأغراض الزواج ، فالتبرع بالنسبة الى القاصرة يتم بمجرد الشراء ؛ ولذلك لايشترط فى هذه الحالة القبض من ناحية القاصرة ولا يفرق بين الشراء بثمن عاجل والشراء بالنسيئة ، وكل ما هنالك أن الأب اذا اشترى الجهاز بالنسيئة التزمت تركته بأداء الثمن .

ومن الواضح أن فى هذا الحكم خروجا على القاعدة العامة فى اشتراط القبض إلا أنه يفترض أن الأب عندما اشترى تولى القبض نيابة عن ابنته القاصر ، ويفترض النص بداهة أن الأمر لايعدو مجرد التبرع بالجهاز وهو فى الواقع مكون من منقولات .

وأيا كان الحكم فى افتراض أو عدم جواز افتراض قبض الأب للجهاز نيابة عن ابنته القاصر فالحكم المتقدم ينطوى أولا على أن التبرع بالجهاز لايختلف عن سائر التبرعات من حيث الطبيعة وهو بعد ينطوى على استثناء من قاعدة اشتراط القبض ، والعلة فى ذلك أن الفقهاء أنزلوا هذا التبرع منزلة خاصة رعاية للبر بالقاصر . ولكن انتقال ولاية القضاء الشرعى الى المحاكم المدنية وتنظيم الهبة بنصوص خاصة فى القانون المدنى يثيران اشكالا فى مدى جواز الابقاء على القاعدة الشرعية ، فهل تعتبر هبة الجهاز للقاصر تامة بمجرد الشراء أم تجرى عليها حكم القانون المدنى الخاص بإشتراط القبض مع أن الأب قد يشترى الجهاز ويكلف الصانع نقله الى منزل الزوجية دون أن يتولى قبضه ؟ وقد يموت قبل اتمام الصنع فلا يتحقق له قبض ولو حكمى للجهاز . والواقع أن من الخير تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية المستمدة من الفقه فى هذه الحال دون قواعد القانون المدنى ، لأن هذا النوع من الهبات نوع خاص وضع له الفقهاء قواعد خاصة استقرت فى العرف وجرى عليه العمل قبل القانون المدنى وبعده . ولم يعرض القانون المدنى لمثل هذا النوع الخاص من الهبات بل هو وضع القواعد العامة دون أن ينسخ الأوضاع الخاصة التى أفردت بأحكام خاصة من قبل .

أما تبرع الأب بتجهيز ابنته البالغة فقد اخضع للقواعد العامة ، اذ اشترط لصحة التبرع أن تتسلم البنت البالغة جهازها حال صحة أبيها وبذلك تملك الجهاز بوصفه هبة انعقدت بالقبض . ولا يجوز للورثة أن يطعنوا على هذه الهبة ما دامت قد تمت حال صحة المورث . وعلى النقيض من ذلك اذا مات المورث قبل أن يتم القبض من جهة البنت البالغة ، فان الجهاز يكون تركة للاب ، واذا تم قبض الجهاز من البالغة أثناء مرض موت أبيها خضعت هبته للأحكام المتعلقة بالوصية . فان كانت من الثلث صحت ، وان جاوزت هذا القدر توقفت فى النصاب الزائد على اقرار باقى الورثة .

ومهما يكن من شئ فمن المشاهد أن تبرع الأب لابنته بالجهاز لا يختلف فيما عدا حالة البنت القاصر عن تبرعه لابنه بجهاز الزوجية فيما لو رأى ذلك ، الا أن النوعين يعرضان فى صورة التبرعات بوجه عام مع أن التبرع فى مناسبة الزوجية لا يقصد منه أن يكون مجرد تبرع عادى بل يقصد منه

الى اعانة الزوجين فى شئون الحياة المشتركة ، ولهذا ينبغى أن يكون للتبرع بالجهاز نظام خاص بحيث يحقق المساواة بين الورثة من ناحية ويخرج التصرف من نطاق أحكام الضرائب الخاصة بالتبرعات.

كسب كل من الزوجين من عمله

أما كسب كل من الزوجين من عمله فهو خاضع لمبدأ استقلال الملكية، فلكل من الزوجين أن يستقل بما يحصل عليه من دخل من عمله . وقد واجه الفقهاء الحالة التى تقوم فيها الزوجة بعمل متعلق بشئون الزوجية أو متعلق بشئون الزوج وأجرت عليها الحكم الذى سبقت الاشارة اليه فى القانون السويسرى ، فنصت المادة ١٨٠ من مجموعة قدرى على أنه « لا يجوز للمرأة أخذ أجرة من زوجها على ما تهيئه من الطعام لاكلهما وأن لا يجب عليها ذلك قضاء ، وانما يجوز لها أخذ الاجرة على ما تسويه من الطعام بأمره للبيع » .

ولهذا جرى العرف على أن الزوجة لا تطالب الزوج بأجر فى كل عمل تقوم به لتدبير الشئون المنزلية ، وهذا العرف هو الذى يتمشى مع ما تقضى به أصول الدين ، وان كان الفقهاء يقررون أن للزوجة أن تحصل على أجر عن مثل تلك الأعمال ، لأن الزوج مكلف بالانفاق عليها ، ويندرج تحت معنى الانفاق كل ما يتعلق بالقيام على الشئون المنزلية . ولكن لا يوجد خلاف فيما يتعلق بقيام الزوجة بعمل يعتبر مجرد مساهمة فى حرفة الزوج أو صناعته أو تجارته ، فللزوجة أن تؤجر على هذا العمل ولها أن تحصل على مقابل له .

(ثانيا) الادارة : القاعدة العامة أن لكل من الزوجين أن يستقل بادارة أمواله ولا شأن للزوج الآخر فى ادارة المال أو استغلاله ، وقد قرر فقهاء الشريعة هذه القاعدة صراحة ، فنصت مجموعة قدرى فى المادة ٢٠٦ على أن « ولاية الزوج على المرأة تأديبية فلا ولاية له على أموالها الخاصة بل لها التصرف فى جميعها بلا اذنه ورضاه ، وبدون أن يكون له وجه فى معارضتها معتمدا على ولايته ، ولها أن تقبض غلة أملاكها وتوكل غير زوجها بادارة مصالحها وتنفذ عقودها بلا توقف على اجازته مطلقا ولا على اجازة أبيها أو جدها عند فقده أو وصيهما ان كانت رشيدة محسنة للتصرف ومهما تكن ثروتها فلا يلزمها شيء من النفقات الواجبة على الزوج»

ويستخلص من هذا النص أن كلا من الزوجين يستقل بادارة ماله فقوامة الرجال على النساء لا يستتبع أى تدخل من الزوج فى ادارة مال الزوجة أو العكس .

قيام الزوج بادارة مال الزوجة دون توكيل

هذا هو الوضع النظرى ، الا أن الامور تتعقد من الناحية التطبيقية تعقيدا يتفاوت بتفاوت الحالات ، فقد يقع أن يتولى الزوج ادارة مال الزوجة فى حكم الواقع دون أن يكون بيده توكيل ، وفى هذه الحالة يستخلص القضاء عادة قيام وكالة ضمنية بين الزوجين ، وهذه الوكالة تستنبط من قرائن أخصها تواتر قيام الزوج بأعمال الادارة وتوقيعه على الاوراق المتعلقة بها ، ولو لم يذكر تحت التوقيع أنه يعمل بوصفه نائبا لا بوصفه أصيلا .

وفى مثل هذه الحالة تعرض صعوبتان :

الاولى تتعلق بمدى حق الزوج فى الادارة ، والثانية تتعلق بمركز الغير من الزوج الذى تعامل معه .

فالزوج قد يجاوز الادارة العادية الى أعمال تتسم بميسم التصرفات كالتأجير لمدة تجاوز تسع سنوات وكقبض الاجرة مقدما لمدة تجاوز ثلاث سنوات ، ويصعب فى مثل هذه الحالة تطبيق النص الخاص بالوكالة الذى يشترط توكيلا خاصا فى أعمال التصرف ؛ اذ من البديهى أن يكون التوكيل الضمنى الخاص نادر الحصول . فقد نصت المادة ١/٧٠٢ على أنه لا بد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الادارة وبوجه خاص فى البيع والرهن والتبرعات . الا أن الفقرة الثانية من هذه المادة نصت على أن الوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، الا اذا كان العمل من التبرعات . وما من شك فى انه قد يتضح من ظروف الواقع ان الزوجة فوضت الزوج تفويضا ضمنيا فى اجراء أعمال التصرف التى لا تصبح كذلك الا لسبب يرجع الى المدى الزمنى ؛ والرأى ان مثل هذه الوكالة الخاصة الضمنية يجب قبولها ، ولكن بعد التثبت من وجود قرائن كافية تقطع بقيامها ، والمسألة مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع .

وخلاصة ذلك أن من الميسور استخلاص وكالة الزوج عن الزوجة فى القيام بأعمال الادارة ، بل ويكفى وجود توقيع الزوج على بعض الاوراق المتعلقة بالادارة لاستنباط قرينة قيام الوكالة منها ، وعلى النقيض من ذلك ينبغى التشدد فيما يتعلق بأعمال التصرف . والأصل فى هذه الأعمال انه لا يؤخذ بالوكالة الضمنية الا اذا كان هناك من الادلة ما يقطع بقيامها. ومن الواضح أن الادلة قد تقتصر على القرائن فى شأن بعض أعمال الادارة التى لا ترتفع الى مستوى التصرف بحكم امتداد الزمن ، أما فى غير ذلك من الأعمال فلا بد من وجود الدليل المثبت للوكالة الخاصة على الوجه الذى قرره القانون . ومع هذا فاعتبار قيام الزوجية مانعا من موانع الحصول على كتابة عند الاقتضاء يخفف من هذا الحكم الاخير.

أما موقف الزوج الذى يتولى الادارة من الغير فيصعب الرجوع فيه الى القواعد العامة فى النيابة ، فهذه القواعد تجعل الأصل هو انصراف أثر التصرف الى الأصيل لا النائب ، ولكن الزوج قد لا يظهر بمظهر النائب ، وقد يوقع كما تقدم القول دون أن يكشف عن صفته وفى هذه الحالة تنص المادة ١٠٦ على أنه اذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا فان أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا إلا إذا كان من المفروض حتما ان من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة . وقد تعتبر نيابة الزوج عن الزوجة صورة رئيسية من صور تطبيقات الاستثناء الوارد فى نهاية المادة المذكورة ولكن المسألة ترتبط أيضا بالواقع ، فلا يطبق الاستثناء الا حيث تكون ادارة الزوج لأموال الزوجة قد تواترت واستفاضت على نحو يجعل الغير يعلم حتما بقيام النيابة .

الوكالة فى الشئون المنزلية

ويتصل بمسألة الإدارة هذه مايسمى أحياناً بالوكالة فى الشئون المنزلية وهى وكالة تقوم بها الزوجة بوصفها نائبة ضرورية عن زوجها فيما يتعلق بنفقات الشئون المنزلية ، فالزوجة عادة تعقد العقود الخاصة بشراء الطعام والملابس والأثاث أحياناً ،وهى فى هذا كله تقوم مقام الزوج بحكم المعاشرة الزوجية؛

بل يقبل الغير التعامل معها على أساس ائتمان الزوج دون ائتمانها هى ، ولذلك يعتبر اتصال المساكنة بين الزوجين من قبيل القرائن المثبتة لوجود هذه الوكالة ، ويعتبر من واجب الغير أن يعلم حتما أن الزوجة تتصرف فى هذه الحدود بوصفها وكيلة لا أصيلة .

وقد يكون فى افراغ القاعدة فى هذه الصورة مايغرى بانتقادها ، فقد تكون الزوجة مسرفة أومستحقة بالمسئولية فتعقد ديوناً قد تجاوز المألوف فى شأن الاتفاق ، ولكن من الواجب أن نقرر مسئولية الزوج بصفة أصلية بإعتباره الأصيل إذ من المفروض أن قيام رابطة الزوجية يجعل على الزوج التزاما بالانفاق ويجعل للغير الذى قدم نفقة أن يرجع على الزوج ، وما على الزوج إن أراد نفى هذه الوكالة الضرورية أو المنزلية إلا أن يتخذ من الاجراءات ما يحول دون اطمئنان الغير الى قيامها ، كأن يبلغ المحال التى تقوم بالتوريد الحد الذى ينبغى أن تقف عنده أو يمنعها من تلقى الطلبات إلا منه هو ، وهكذا .

ويبين مما تقدم أن انفصال الإدارة وإن كان دستوراً مقررا بحكم القانون ، إلا أنه فى حكم الواقع أمر غير قائم فى جميع الحالات . ولهذا تثار مسألة المحاسبة بين الزوجين ولا سيما عندما يكون الزوج وكيلا عن الزوجة فهل يلزم الزوج فى هذه الحالة أن يقدم حسابا عن إدارة أموال الزوجة .

نصت المادة ٧٠٥ على أن على الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى أمر تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عنها ، وهذا النص يثير فى خصوص تطبيقه على حالة وكالة الزوج مسألة دقيقة ، فهل يجوز للموكل أن يعفى وكيله من تقديم الحساب ولاسيما اذا وجدت رابطة نسب أورحم بين الموكل ووكيله ؟ أم هل يعتبر الالتزام بتقديم الحساب متعلقا بالنظام العام ؟ الجواب أن هذا الالتزام لا يتعلق بالنظام العام ولذلك يجوز للموكل أن يعفى وكيله من تقديم الحساب ، ويستفاد هذا الاعفاء من سكوت الموكل عن المطالبة بتقديم الحساب ، إذ تعتبر هناك قرينة إما على الما م الموكل بالحساب واقراره له وإما على إبراء الموكل لوكيله مما ترتب فى ذمته بسبب الوكالة . وقد قضت المحاكم الفرنسية أن لا مانع من إعفاء الوكيل من تقديم الحساب اذا اتضح أن الموكل قد أعفاه من ذلك فعلا بسبب قيام رابطة كرابطة القرابة تجعل

هذا الأعفاء سائغاً مقبولا . ولا مانع من أن يكون التوكيل مع الأعفاء من تقديم الحساب صورة من صور الهبات المستترة التى يقرر القانون صحتها متى كان الشكل ساترا لها ، ولهذا يكون اتصال سكوت الزوجة عن مطالبة الزوج بالحساب لمدة طويلة قرينة على اتفاق ضمنى مؤداه الاعفاء من تقديم الحساب . على أن ذلك لاينفى صدور توكيل دقيق من الزوجة للزوج واشتراط تقديم الزوج حسابا عن إدارته فى التوكيل ، وفى مثل هذه الحالة تسقط دلالة القرينه التى تقدم ذكرها.

(ثالثا) حق التصرف : قد يعرض للبيان فى شأن التصرف أن جميع النتائج المترتبة على انفصال الملكية لا بد أن تؤدى الى استقلال كل من الزوجين بالتصرف فى ماله ، ومامن شك فى أن هذا هو المبدأ المقرر فى الشريعة الاسلامية وهو المبدأ الواجب التطبيق فى مذهب الحنفية ، الا أن قيام الحياة الزوجية بين الزوجين قد يقتضى احيانا ادخال بعض التعديل على المبدأ العام ، اذ من الواضح أن الاستقلال بالتصرف قد يؤدى الى فتور العلاقات بين الزوجين ولا سيما اذا كان التصرف من قبيل التبرعات أو كان التصرف صادراً من الزوجة ، ولهذا اتجهت بعض آراء فقهاء المسلمين من المالكية الى ضرورة حصول الزوجة على اذن زوجها عند التصرف فى العقار ؛ والظاهر أن مرجع هذا الحكم هو عرف البيئة ، ولكن مثل هذا الرأى لايستند الى اساس فى القانون ، ومن الصعب أن نحد من حرية التصرف الا على أساس نص واضح أو عرف ترتفع به البيئة الاجتماعية الى منزلة القواعد الملزمة ، ولا يوجد فى الوقت الحاضر نص يحول دون حرية تصرف الزوج فى ماله أو حرية تصرف الزوجة فى مالها ، ولا يوجد أيضا عرف يحول دون ذلك ، ولو أن تجربة الحياة العملية تتكشف عن اشكالات كثيرة تقوض السلام العائلى ، وترجع فى جملتها الى استعمال حرية التصرف استعمالا لا يرجع فيه الى رأى الزوج الآخر ، ولهذا ينبغى أن تكون حرية التصرف محلا لتأمل طويل وينبغى أن تعالج علاجا تشريعيا يقضى على مصدر الشكوى من الوضع القائم .

نظام الدوطه

تلك هى القواعد العامة التى تسرى على المصريين جميعاً مسلمين كانوا أم غير مسلمين ، ولكن بعض الطوائف غير الاسلامية أخذت بنظام معين

هو نظام الدوطه ومرجع هذا النظام هو قواعد العرف ، والدوطه أو البائنة وفقا لهذا العرف هي مال تقدمه الزوجة للزوج على أن يحبس للانفاق منه على شئون الزوجية ، الا أن الدوطة أو البائنة ،وان كان مرجعها العرف فهى لا تقدم الا فى العائلات الموفورة اليسار ، ولاتنشأ الا باتفاق خاص .
وقد اختلف الرأى فى تكييف الدوطة : فذهبت أحكام الى أن الدوطة هبة من الزوجة الى الزوج ، ثم تطور الأمر فى القضاء ولكن مع الابقاء دائما على معنى الهبة وقيل أن الدوطة تعتبر هبة مشروطة بدوام رابطة الزوجية ، فاذا انحلت الرابطة عادت البائنة الى الزوجة أو الى ذويها ، ومازال أحكام القضاء ترجح معنى التبرع فى البائنة أو الدوطة ، ولكن الواقع أن البائنة لاتقدم للزوج على سبيل التبرع اذ هى تبرع فى علاقة من يقدم للزوجة هذا المال ، ولكن بالنسبة الى الزوج تعتبر البائنة أحيانا مقابلا ملحوظا فى عقد الزواج نفسه ،وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام عن نظام البائنة فى فرنسا ،اذ اعتبرت البائنة معاوضة من وجه .

ومن الواجب أن نقرر أن مرجع الغموض فى نظام البائنة هو الاحتكام فى شأنها الى العرف ، وهذا العرف نفسه غير مستقر ،ثم أنه يتعارض احيانا مع قواعد القانون المدنى ، ولو أريد إرساء نظام البائنة على اساس واضحة لوجب أن يقام على المبادىء الآتية :

(أولا) اعتبار الزوجة مالكة للبائنة مع اقتران الملكية بشرط اتفاقى هو عدم جواز التصرف فيها مابقيت الزوجية قائمة . ولا يعتبر العقار غير قابل للتصرف الا اذا سجل عقد انشاء البائنة . ولا مطعن على شرط المنع من التصرف فى هذه الحالة لأنه يتوخى غرضا مشروعا هو المعاونة على الانفاق على شئون الزوجية والمعاونة على اتصال الحياة بين الزوجين بسبب توفير الموارد المالية لهما .

(ثانياً) اذا كانت البائنة مبلغا من النقود ففى هذه الحالة لا يمكن أن تعتبر البائنة محققة لأغراضها الا اذا انتقلت ملكيتها الى الزوج ،وقد ينظر فى هذه الحالة الى البائنة بوصفها نوعا من أنواع الوديعة الناقصة ، وبذلك يلزم الزوج برد البائنة اذا انحل رباط الزوجية ، ويكون حق الزوجة فى المطالبة مبنيا

على فكرة الوديعة الناقصة ، وبديهى أن الزوج لا يسأل جنائيا عند التخلف عن رد هذه الوديعة اذ الدين فى الوديعة الناقصة يخول حق الاستهلاك ولا يسأل عن رد الشئ بعينه بل يرد مثله .

(ثالثا) يكون للدائنين السابقة ديونهم على انشاء الدوطة أن يباشروا حقهم على هذا العقار اذا كانت ديونهم ثابتة التاريخ رغم وجود شرط عدم التصرف .

(رابعا) ينبغى أن يباح للزوجين دائما العدول عن شرط عدم التصرف فى البائنة باتفاقهما ، وينبغى أن يرخص للقضاء فى تعديل هذا الشرط فيما اذا اقتضت المصلحة الزوجية ذلك .

وحاصل ما تقدم أن نظام الدوطة عند الطوائف غير الاسلامية يعتبر مجرد نظام اتفاقى بحت ويخضع لاحكام القانون المدنى ، ولا يتحكم فيه العرف الا حيث لا يوجد نص فى القانون ويعتبر هذا النظام نافذا بقدر تمشيه مع أحكام القان المدنى بوصفه اتفاقا عاديا لا بوصفه نظاما قانونيا لأموال الزوجية .

الباب الثاني

فى تطبيق نظم أموال الزوجية فى مصر
على أساس قواعد الاسناد المصرية

يوجد فى مصر جاليات اجنبية متعددة ، وهذه الجاليات منها ما يتبع نظما قانونية لأموال الزوجية ؛ وتوجد جاليات أخرى لا تعرف نظما لأموال الزوجية ؛ ويلاحظ أن القانون المدنى الجديد تكفل فى المادة ١٣ بالنص على أنه يسرى قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عند الزواج بما فى ذلك من أثر بالنسبة للمال ، وقد أشرنا من قبل الى الخلاف المتعلق بما يكتنف هذا النص من شك ، ولكن الواقع أن المسألة تحتاج الى قسط غير يسير من التفصيل ، اذ يلاحظ أولا أن هناك مسألة تتعلق بشكل اتفاقات أو مشارطات أموال الزوجية وبأحكامها الموضوعية ، ويلاحظ من ناحية أخرى أن هناك مسألة تتصل بآثار مشارطات أموال الزوجية ، ويلاحظ أخيرا أن هناك مسألة النظام القانونى الذى يتبع عند عدم وجود مشارطة أموال زوجية .

(ا) مشارطات أموال الزوجية من حيث التكوين (الشكل والاركان) : تناولت المادة ١٢ من القانون المدنى الشروط الموضوعية لصحة الزواج فقضت بأن يرجع فيها الى قانون كل من الزوجين والمقصود بالشروط الموضوعية لعقد الزواج الشروط اللازمة لانعقاد العقد فى ذاته لا لمشارطات أموال الزوجية ، ولم تعرض المادة ١٣ الا للآثار التى يرتبها عقد الزواج بالنسبة الى المال ، ولكنها لم تتناول مشارطات أموال الزوجية ، فهل فى الوسع أن تطبق فى شأن مشارطات أموال الزوجية أحكام المادة ١٦ التى تنص على أنه يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فان اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد ، هذا ما لم يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه ، وتضيف الفقرة الثانية من هذه المادة استثناء مؤداه أن قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى تبرم فى شأن هذا العقار.

ولو اخضعت مشارطات أموال الزوجية لهذا النص لأدى ذلك أولا الى تطبيق قواعد القانون المصرى حيث تتناول مشارطة أموال الزوجين عقارات فى مصر لا يوجد فيها قواعد متعلقة بالنظام المالى بين الزوجين اللهم الانظام الانفصال الكامل ، ويستدل من هذه النتيجة على أن من المحقق أن تفسيرا كهذا يتعارض مع نص المادة ١٣ التى توجب اخضاع الآثار المالية للزواج جميعا لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج ، فقد يبدو غريبا أن تخضع آثار مشارطة أموال الزوجين لقانون وتخضع أركانها لقانون آخر ، ولذلك ينبغى أن يستدل من المادة ١٣ على أن نية المشروع قد انصرفت من طريق ضمنى الى الاشارة من طرف خفى الى وجوب اخضاع تكوين مشارطات أموال الزوجية لقانون جنسية الزوج ، وهذا التفسير يتمشى مع التطور التاريخى لقواعد القانون المصرى فقد كانت المنازعات المتعلقة بنظام أموال الزوجية من اختصاص جهات الأحوال الشخصية للأجانب أى القنصليات ، وكانت تخضع لقانون جنسية الزوجين المتحدى الجنسية ، كما أن قضاء المحاكم المختلطة استقر على ذلك ، بل ونص نظام القضاء على اعتبار النظام المالى بين الزوجين من مسائل الأحوال الشخصية ، كما أن مصر التزمت فى تصريح ملحق بمعاهدة مونترو بأن تتبع فى المستقبل قاعدة شخصية القوانين فيما يتعلق بالأحوال الشخصية .

ويخلص من كل ذلك أن اعتبار الآثار المالية المترتبة على الزواج داخلة فى نطاق الأحوال الشخصية يستتبع أيضا ادخال مشارطات أموال الزوجية فى هذا النطاق ، ويمكن من طريق قياس المماثلة أن يقال أن انعقاد هذه المشارطات يخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج .

ويبين من ذلك أنه يجب أن يرجع الى قانون الجنسبة (جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج) فى تكوين مشارطة أموال الزوجية من حيث الاركان الموضوعية وشرائط الصحة المتصلة بالشكل الداخلى ؛ فاذا كان القانون الاجنبى يشترط الرسمية لانعقاد المشارطة وجب أن تفرغ فى الشكل الرسمى وكذلك الشأن فى جميع شروط الصحة الأخرى .

أما الشكل الخارجى فتسرى فى شأنه القاعدة العامة وهى قاعدة خضوع هذا الشكل لقانون محل الانعقاد .

الا أن مشارطات أموال الزوجية يشترط فيها كما تقدم أن تشهر ، وفى هذه الحالة تعرض مسألة دقيقة ، فهل يعتبر هذا الشهر اجراء لازما للنفاذ أم أنه يعتبر شرطا من شروط الصحة ، وهل يعتبر هذا الشهر اجراء من اجراءات التوثيق أم أنه يعتبر اجراء موضوعيا ؟ وتبدو أهمية هذه المسألة بالنسبة الى مصر حيث لاتوجد سجلات خاصة بشهر مشارطات أموال الزوجية اذا استثنى التجار الأجانب . وأكبر الظن أن الشهر فى هذه الحالة يعتبر وفقا للتكييف المصرى اجراء من اجراءات الشكل الداخلة فى ولاية الموثقين ، ولهذا يكون للاجنبى الذى لايستطيع شهر نظام أموال زوجته أن يلجأ اما الى قنصله واما الى موطنه هو يستكمل فيه تلك الاجراءات .

(ب) آثار المشارطات : أما آثار مشارطات أموال الزوجية ، فيجب أن يرجع فيها الى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ، ويفرق فى هذه الآثار بين أمرين :

أولهما : مايتصل بمركز الأموال من حيث ترتيب الحقوق العينية وتكييف هذه الحقوق ، ففى هذه الحدود تطبق المادة ١٨ مدنى مصرى ويسرى على أساس التطبيق القانون المصرى وحده ، وعلى ذلك لايجوز أن ترتب المشارطة حقا عينيا لايعرفه القانون المصرى كحق الملكية المشتركة بين الزوجين مثلا أو الرهن العام . ولايجوز أن يرتب حق عينى من الحقوق الا اذا اتبع فى شأن ترتيبه الاجراءات فى القانون المصرى كاجراءات الشهر العقارى مثلا ، وكلما امتنع ترتيب حق عينى يقرره نظام الأموال بين الزوجين بسبب يتصل بمركز الأموال فى مصر ، لم يكن لهذا الحق وجود بالنسبة الى غير الزوجين فى مصر ، بل ولا فى علاقات الزوجين احدهما بالآخر بدين شخصى يعادل فى قيمته ماكان يفيئه عليه حقه العينى ، فان كان مثلا لأحد الزوجين حق عينى فى أموال الزوجية على اساس الاشتراك فمثل هذا الحق ينقلب الى حق شخصى ، فتكون للزوجة مثلا أن تطالب الزوج بدين يعادل نصيبها فى الأموال المشتركة .

وغنى عن البيان أن مثل هذا الوضع يجعل نظام أموال الزوجية بالنسبة الى الحقوق العينية مجرد قيمة اتفاقية كلما امتنع ترتيب الحق العينى المقرر فى الأموال المشتركة .

(ثانيا) أما فيما يتعلق بالآثار الأخرى لنظام أموال الزوجية كمسئولية الزوج عن ديون الزوجة أو العكس فالأصل أن يسرى فى شأنها قانون جنسية الزوج ، الا أن يتعارض هذا القانون مع قواعد النظام العام فى مصر ، وما يتصل بالنظام العام فى مصر حماية الائتمان العام ، ولهذا يحد من تطبيق القانون الأجنبى كلما تعارض هذا القانون مع اعتبار أموال المدين جميعها ضامنة لجميع ديونه .

(ج) النظام القانونى المبنى على الرضا الضمنى فى رأى البعض أو النظام ذو الولاية العامة فى رأى البعض الآخر :

هذا النظام هو الذى عناه واضع القانون المدنى المصرى عندما تحدث عن الآثار المالية للزواج لأن النظام ذا الولاية العامة هو الذى يطبق على الزوجية تلقائياً بمجرد انعقاد الزواج مادامالم يختارا نظاما آخر . ولعل فى وضوح هذه الحقيقة مايؤيد القياس الذى قدمناه من قبل فى شأن وجوب اخضاع مشارطات أموال الزوجية ذاتها للقانون الذى ينتهى إليه الزوج وقت انعقاد الزواج ؛ فالمستفاد من أحكام المادة ١٣ من قانون نظام القضاء أنها لم تكيف النظام المالى القانونى بوصفه تعاقدا ضمنيا يخضع لقانون المشيئة ، ولم تكيفه بوصفه تعاقدا على المال يخضع لقانون موقع المال بل كيفته بوصفه مسألة من مسائل الأحوال الشخصية . ولما كان هذا النظام القانونى هو بديل النظام الناشىء عن مشارطة أموال الزوجية فينبغى أن يكون البديل والمبدل على حد سواء من حيث المعاملة ضماناً لتناسق الحلول .

المراجع

Planiol — Ripert et M. Nast : Traité Pratique de Droit Civil Français, t. VIII (1925) et t. IX, (1927).

Bandry-Lacantinerie — Le Courtois et F. Surville : Traité théorique et pratique de droit civil, t. III, du contrat de mariage, 3e éd. 1906.

R. Beudant et R. Lenoan : Cours de droit civil français, t. X, Le contrat de mariage et les régemes matrimoniaux, 1937.

Rossel (André) : Code civil suisse et Code Fédéral des abbigations.

- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الانسان للمرحوم قدرى باشا .

دائرة فحص الطعون بمحكمة النقض*

عرض وتحليل ونقد

للدكتور عبد الوهاب العشماوى المحامى

السكرتير الأول للشئون القانونية بوزارة الخارجية سابقاً

١ — تطور التشريع المصرى الى انشاء دائرة فحص الطعون :

برغم حداثة عهد قواعد المرافعات المصرية بنظام الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة فى المسائل المدنية ، الا أن هذا النظام الذى أنشأ فى سنة ١٩٣١ كان محلا لتعديلات تشريعية تناولت أحكامه الجوهرية وخاصة فى السنوات الأخيرة[١] .

ذلك أن النظام القضائى المصرى لم يكن يعرف طريق الطعن بالنقض فى الأحكام المدنية والتجارية حتى صدر المرسوم بقانون رقم ٦٨ المؤرخ ٢ مايو سنة ١٩٣١ بانشاء محكمة النقض[٢] ، اذ بصدور هذا القانون وجد

---

* مراجع للبحث : جارسونية وسيزار برو ج ١ ص ١٦٨ بند ١٠١ وما بعده (طبعة ثالثة) وجلاسون وتيسييه ج ١ ص ٢٦١ بند ١٠٩ (طبعة ثالثة) وموريل فى المرافعات سنة ١٩٤٩ ص ١٠٠ بند ٩٦ وما بعده . وتعليقات دالوز على قانون المرافعات الفرنسى ج ٣ ص ١٢١ بند ٦٩ وما بعده . وحامد فهمى النقض فى المواد المدنية والتجارية سنة ١٩٣٧ ص ٥٠ بند ٣٨ وهامش رقم ٢ . والمذكرة التفسيرية لقانون المرافعات ومحاضر لجنة وضع قانون المرافعات بوزارة العدل .

(١) ونقصد بهذه التعديلات التشريعية ما أدخل على قانونى المرافعات ونظام القضاء اللذين صدرا فى سنة ١٩٤٩ . أما المرسوم بقانون رقم ٦٨ الصادر فى سنة ١٩٣١ والخاص بإنشاء محكمة النقض فقد كان محلا لتعديل بالالغاء بالنسبة لبعض مواده فقد نصت المادة الأولى من مواد إصدار قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ على إلغاء المواد من ٩ الى ٣٤ من المرسوم بقانون سالف الذكر والخاص بإنشاء محكمة النقض والابرام ، اذ حلت محلها المواد من ٤٢٥ — ٤٤٩ من قانون المرافعات .

(٢) أما النقض الجنائى فقد كان قائماً يومها ، اذ عرفه النظام القضائى المصرى من قبل يوم استطاب المشرع إدخال النظم القضائية الفرنسية فى مصر . ونحن لا نتعرض لنظام النقض=

نظام النقض فى الأحكام المدنية والتجارية فى النظام القضائى المصرى واختصت محكمة النقض بنظر الطعون التى تقدم اليها عن تلك الأحكام . واقتضى ايجاد نظام النقض يومئذ ادخال بعض التعديلات فى قانون المرافعات ولائحة اجراءات المحاكم ولائحة المحاماة بما يتلائم مع النظام الجديد . وقد بقى هذا المرسوم بقانون قائما باكمله حتى صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بنظام القضاء والقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص باصدار قانون المرافعات ، فتضمن أولها الكلام عن ترتيب محكمة النقض وتشكيلها وتكلم الثانى عن اجراءات الطعن بالنقض فى الأحكام المدنية والتجارية وحالاته .
فقد كانت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١ بانشاء محكمة النقض تنص على أن تؤلف محكمة النقض من دائرتين أحدهما تنظر المواد المدنية والأخرى لنظر المواد الجنائية ، وعلى أن تصدر الأحكام من خمسة مستشارين [١] ، وذلك أخذا بالمبدأ الذى يقضى بأن يكون قضاة الجهة القضائية الأعلى أكثر عددا من الجهة التى تسبقها ، وقالت المذكرة الايضاحية فى ذلك أنه قد رؤى الاكتفاء بهذا العدد اذ أن أحكام محاكم الاستئناف تصدر من ثلاثة فقط [٢] . ثم لما صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بنظام القضاء أبقت المادة الثانية منه على التشكيل الخماسى لدوائر المحكمة ، ولكنها نصت على أن يكون بالمحكمة دائرة لنظر المواد الجنائية ودائرتان لنظر المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية ، وأنه اذا رأت احدى الدوائر العدول عن مبدأ قانونى قررته أحكام سابقة أحالت الدعوى الى دوائر المحكمة مجتمعة لتفصل فيها .

= الجنائى فى هذا البحث اذ أن المشرع قد قصر إختصاص دائرة فحص الطعون بمحكمة النقض على الطعون المدنية والتجارية وفى مسائل الأحوال الشخصية دون الطعون الجنائية التى تعرض رأساً على الدائرة الجنائية الخماسية دون وساطة دائرة فحص الطعون .

(١) حلت محل هذا النص المادة ٢ من القانون رقم ١٤٧ سنة ١٩٤٩ الخاص بنظام القضاء وسوف نعرض لتفصيل أحكامها بعد تعديلها فى القسم الثالث من أقسام هذا البحث .

(٢) أنظر المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٦٨ سنة ١٩٣١ ص ١٧ و ١٨ وقد أوردها المرحوم الأستاذ حامد فهمى فى مؤلفه النقض فى المواد المدنية والتجارية سالف الاشارة إليه ص ٤٩

وقد دعا الى ادخال هذا التعديل — من حيث زيادة عدد الدوائر — مواجهة ما أتى به قانون المرافعات الجديد — غداة صدوره — من توسعة فى مجال الطعن بطريق النقض . ذلك أن المادة ٤٢٥ مرافعات — قبل تعديلها — كانت تجيز الطعن فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بصفة انتهائية أو فى استئناف أحكام المحاكم الجزئية ، بعد أن كان الطعن بالنقض قاصرا على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف وبعض حالات فردية من الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بصفة استئنافية . وقد كان هذا التوسع مما اشتهاه واضعو قانون سنة ١٩٣١ ولكنهم أمسكوا عنه ريثما تثبت المحكمة الناشئة اقدامها حتى لا يؤودها العبء الجسيم فى أول عهدها . وقالت المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات فى تبرير هذا التوسع بعد الاشارة الى ما تقدم أنه « الآن وقد اضطلعت المحكمة بمهمتها على أحسن وجه وأخرجت فى مختلف الأقضية أحكاما لا يبلغها الحصر جليلة القدر تشهد بسعة العلم ودقة الملاحظة وسلامة التقدير وسداد الرأى ، فانه لم يعد ثمة مجال للتضييق فى طريق الطعن أمام محكمة النقض ذلك التضييق الذى قالت عنه المذكرة الايضاحية لقانون سنة ١٩٣١ أن فيه شيئا من المضار من حيث توحيد القضاء بالمحاكم لكنه مما تدعوا إليه الضرورة فى البداية حتى تتمكن المحكمة الجديدة من السير فى طريقها قبل أن تتوسع فى أحكامها » [١].

وقد لاقى هذا التوسع اعتراضا من محكمة النقض ذاتها فى مناقشتها لمشروع القانون الجديد قبل صدوره عند عرضه للاستفتاء وبذلت جهودا كثيرة فى سبيل ابقاء الأحكام التى يجوز الطعن فيها بطريق النقض فى الحدود الضيقة التى وضعت عند انشاء المحكمة [٢] وبقى الاعتراض قائما

(١) أنظر المذكرة التفسيرية لمشروع قانون المرافعات الجديد والتى وضعتها اللجنة المشكلة بوزارة العدل لوضع هذا المشروع .

(٢) بدأ هذا الاعتراض وتلك الجهود فى صورة جدية عند ما عرض مشروع القانون الجديد على لجنة المرافعات بمجلس الشيوخ ، اذ تقدمت إليها المحكمة — كما تقدم غيرها من الهيئات والأفراد — بملاحظاتها على المشروع وكان أهمها إعتراضها على فتح باب الطعن أمام محكمة النقض فى الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية ، ولكن اللجنة لم تستجب لهذا الاعتراض وأبقت المشروع كما قدم إليها من الحكومة .

برغم أن قانون نظام القضاء كما أسلفناه قد جعل لمحكمة النقض دائرتان لمواجهة أثر التوسع فى الأحكام التى يجوز طلب نقضها . الا أن محكمة النقض — متمسكة باعتراضها — قد بقيت تعمل بدائرة مدنية واحدة برغم هذا النص الجديد وبرغم ضرورة مواجهة هذه التوسعة التى أرادها لها الشارع ، اذ لم تشكل الدائرة الثانية على الاطلاق حتى الغاها التشريع أخيرا عند ما استعاض عنها بدوائر لفحص الطعون على نحو ما سيأتى.

ولقد بقيت محكمة النقض على اصرارها فى السير بدائرة واحدة حتى اذا عرضت الفرصة عدل التشريع على أساس التضييق الذى رؤى عند انشاء محكمة النقض فى سنة ١٩٣١ ، فصدر المرسوم بقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢ بتعديل المادة ٤٢٥ من قانون المرافعات بحيث جعل الطعن بطريق النقض قاصراً أساسا على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف دون المحاكم الابتدائية ، وقالت المذكرة الايضاحية فى تبرير العودة الى هذا التضييق أنه قد ترتب على اطلاق نص المادة ٤٢٥ وفتحها باب الطعن أمام محكمة النقض فى كل تلك الأحكام ان كثرت هذه الطعون كثرة أصبحت تستدعى اعادة النظر فى الموضوع ، وبناء على ذلك رؤى العودة الى النظام السابق فى هذا الشأن لما تبين من عدم وجود ضرورة لاطالة أمد التقاضى فى مثل هذا النوع من الأحكام ولما ظهر من أن ذلك النظام (أى القديم) قد أجاز الطعن بالنقض فى أهم الأحكام وأكثرها خطرا ، وأنه بناء على ذلك قد عدلت المادة ٤٢٥ مرافعات حتى تتضمن الأحكام التى كانت منصوصا عليها فى المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١ [1] .

= والغريب أن محكمة النقض ذاتها كانت قد طلبت إجراء هذه التوسعة التى جاء بها القانون الجديد ، وذلك فى سنة ١٩٤١ ، بعد أن لاحظت قلة عدد الطعون التى قدمت إليها فى أحكام محاكم الاستئناف وفى أحكام المحاكم الابتدائية فى قضايا استئناف أحكام المحاكم الجزئية فى مسائل وضع اليد والاختصاص المذكورة فى المادة ١٠ من المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١ الخاص بإنشاء محكمة النقض (أنظر محاضر لجنة وزارة العدل التى وضعت مشروع قانون المرافعات — الجلسة الثلاثين) .

(١) أنظر المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢ أوردها الأستاذ كمال أبو الخير فى موسوعته " قانون المرافعات معلقاً على نصوصه بآراء الفقهاء وأحكام المحاكم" الطبعة الثانية ص ٣٦٨ هامش رقم ١

وبهذا التعديل الذى يؤسف له ردت محكمة النقض بالنسبة للأحكام التى يصح الطعن فيها أمامها الى الحدود التى وضعت لها عند انشائها والتى روعى فيها التضييق المؤقت حتى لا ترهق المحكمة بالعمل أبان انشائها ، وعادت الأحكام الانتهائية والاستئنافية الصادرة من المحاكم الابتدائية وليس من طريق لاصلاحها أمام محكمة النقض [1] ، مع أن اختصاص هذه المحاكم قد اتسع وزادت أهميته بسبب زيادة قيمة الدعاوى واتساع اختصاص المحاكم وولايتها. وعندنا أن العلاج كان يأتى عن طريق زيادة دائرة مدنية أو زيادة الجلسات بدلا من العصف بضمانات تكفل مصلحة الخصوم فى الوصول لاصلاح الأحكام الانتهائية المعيبة . واذا قيل أن النقض فى أحكام محاكم الاستئناف كفيل باستقرار المبادئ القانونية وأن الغالب أن تتبع المحاكم الابتدائية هذه المبادئ ، فان هناك خطأ فى القانون لا يجدى فى تجنبه توحيد القضاء واستقرار المبادئ القانونية ، ذلك هو عيب الاجراءات الذى من شأنه أن يؤدى الى بطلان الحكم ، فهذا الخطأ تقع فيه المحاكم الابتدائية سهوا أو قصدا ويبقى البطلان المترتب عليه قائما بغير ما طريق لاصلاحه أمام محكمة النقض بسبب اغلاق باب الوصول اليها دون من أضر به البطلان ، ولا يمنع من تكرار الخطأ والوقوع فيه استقرار القضاء على مبدأ دون آخر .

وقد كان هذا التضييق الذى جاء به المشرع بالنسبة للأحكام القابلة للطعن بطريق النقض كافيا لأن يصرف محكمة النقض عن السعى فى تعديل نظامها والمساس بالضمانات التى تحيط بنظر الطعون المقدمة اليها . الا أن المحكمة العليا قد ظلت على شكواها من كثرة عدد الطعون التى تعرض عليها حتى دفعت بالمشرع

---

(١) وقد ترتب على ذلك – فضلا عن التضييق – وضع شاذ للغاية إذ أصبحت الأحكام الصادرة فى حدود إختصاص القاضى الجزئى النهائى تخضع لنوع من النقض يقدم للمحكمة الإستئنافية اذا استند الى بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم ، وذلك طبقاً لنص المادة ٣٩٦ من قانون المرافعات ، بينما لم يوضع نص مماثل – لمواجهة هذا التعديل – بالنسبة للأحكام التى تصدر من المحاكم الإبتدائية فى حدود نصابها النهائى مادام قد ألغى طريق الطعن بالنقض فى هذه الأحكام ، مع أن اتساق الأحكام كان يقتضى وضع نص بهذا المعنى . وقد تدارك المشرع هذا النقص أخيراً فأصدر القانون رقم ١٣٧ سنة ١٩٥٦ معدلا نص المادة ٣٩٦ مرافعات سالفة الذكر بحيث أصبح حكمها شاملا للأحكام الصادرة انتهائياً من المحاكم الجزئية أو من المحاكم الإبتدائية على حد سواء .

الى تعديل نظام المحكمة باضافة خطوة جديدة تسبق نظر الطعن بمعرفة الدائرة الخماسية اذ أوجد دائرة ثلاثية لفحص الطعون ينبغى أن تعرض عليها كافة الطعون المدنية وما اليها فما قبلته منها احالته الى الدائرة الخماسية . وقد تضمنت هذا التعديل نصوص القانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ التى عدلت المادة الثانية من قانون نظام القضاء الخاصة بتشكيل المحكمة وبيان دوائرها فأصبح نصها كالآتى :

« يكون مقر محكمة النقض مدينة القاهرة .

وتؤلف من رئيس ووكيلين وعدد كاف من المستشارين وتكون بها دائرة لنظر المواد الجنائية ودائرة لنظر المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية ، ودائرة أو أكثر لفحص الطعون فى المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية يرأسها رئيس المحكمة أو أحد الوكيلين .

وتصدر الأحكام من دائرة المواد الجنائية ومن دائرة المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية من خمسة مستشارين .

وتصدر الأحكام والقرارات من دائرة فحص الطعون من ثلاثة مستشارين تنتخب الجمعية العمومية للمحكمة عضويها من بين المستشارين الذين أمضوا بها سنتين على الأقل .

واذا رأت احدى الدوائر العدول عن مبدأ قانونى قررته أحكام سابقة أحالت الدعوى الى دوائر المحكمة مجتمعة للفصل فيها » .

كذلك عدلت أحكام القانون سالف الذكر المواد ٤٢٧ و٤٢٩ و٤٣١ و٤٣٢ و٨٨١ فقرة أخيرة و٨٨٢ من قانون المرافعات ، وذلك على نحو ما سيأتى شرحه تفصيلا فى هذا البحث .

وقد كانت هذه الخطوة ـ كما هو واضح من صريح عبارة المذكرة الايضاحية ـ استجابة جديدة من المشرع لشكوى محكمة النقض من تزايد عدد الطعون أمامها وعدم قدرتها على الفصل فيها على نحو مرض ، ولم يكن القصد منها من غير شك ادخال نظام يرى المشرع فيه فائدة تعود على القضاء من حيث الوصول به الى الغاية المنشودة من رعاية مصلحة الخصوم وتأكيد سيادة العدالة وحسن الفصل فى المنازعات .

وقد رأينا أن المشرع عند ما أوجد نظام النقض فى المسائل المدنية فى النظام المصرى فى سنة ١٩٣١ قد استغنى عن اقتباس نظام دائرة العرائض الموجودة فى النظام الفرنسى . والظاهر أن المشرع قد لاحظ أنه لايوجد مثلها فى غير فرنسا من البلاد أو استجاب لما وجه من نقد الى هذا النظام (١) ، ذلك النقد الذى انتهى الى الغاء تلك الدائرة فى بلادها كما سنبين ، فلم ير المشرع المصرى محلا لايجاد هذه الدائرة عند وضعه قانون المرافعات الجديد بعد أن استفاض الاعتراض عليها ، وانتهى الأمر بالغائها فى سنة ١٩٤٧ أى من قبل أن يصدر قانون المرافعات المصرى الجديد . وقد كان تصرف المشرع منطقيا فما كان ليتصور أن يقتبس هذا النظام بعد أن ألغاه التشريع الذى أوجده وبعد أن عزفت عنه التشريعات التى اقتبسته عن التشريع الفرنسى لذلك كان غريبا وملفتا للنظر وداعيا الى التمعن التجاء التشريع المصرى أخيرا الى الأخذ بهذا النظام الذى زهد فيه واضعوه وعدل عنه مقتبسوه ، وكان من الحق علينا أن نتلمس وجه الضرورة التى الجأت المشرع المصرى الى ايجاده بعد طول امتناع وأن نبحث الفائدة المحققة التى يرجى أن يستفيدها نظام النقض من هذا الوضع الجديد .

على اننا قبل أن نشرع فى تناول أحكام القانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ الذى أوجد دائرة فحص الطعون ، نرى من الفائدة أن نعرض لهذه الدائرة فى القانون الفرنسى (٢) لنقف على كيفية نشأتها وما تعرضت له من حملات وما ظفرت به من تأييد لم يستطع أن يسندها وما انتهى اليه أمرها من الغاء

---

(١) أنظر مؤلف المرحوم الأستاذ حامد فهمى " النقض فى المواد المدنية " سالف الإشارة إليه بند ٣٨ ص ٥٠ . وانظر كذلك محضر الجلسة الثلاثين من جلسات لجنة وزارة العدل التى وضعت مشروع قانون المرافعات . وهذه المحاضر وإن كانت لم تنشر بعد إلا أنها مجمعة بوزارة العدل إلى أن يتم إعدادها للنشر .

(٢) ولئن سميت هذه الدائرة فى التشريع الفرنسى باسم دائرة العرائض أو الطلبات إلا أنها فى حقيقتها وجوهرها – كما سيتبين – لا تكاد تختلف عن دائرة فحص الطعون ، التى أنشأها المشرع المصرى ، إلا فى قليل من التفصيلات التى لا تغير من جوهر النظام وحقيقته . وقد أدرك المشرع المصرى هذا التماثل بين الدائرتين فحاول فى المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ الذى أنشأ هذه الدائرة أن يبين كيف تحاشى أوجه النقص ووجوه النقد فى النظام الشبيه به والذى كان قائماً فى فرنسا .

وما دعا المشرع الفرنسى الى الاقدام على هذه الخطوة . فعلى ضوء ذلك وعلى هدى منه نستطيع أن نقدر مبلغ الخير فى الخطوة التى أقدم عليها المشرع المصرى بانشاء هذه الدائرة فى نظام النقض المدنى المصرى .

٢ — دائرة العرائض فى فرنسا : قيامها والغاؤها :

كانت هذه الدائرة التى أحياها المشرع المصرى أخيرا وأسماها دائرة فحص الطعون قائمة فى النظام القضائى الفرنسى حتى ٢٣ يوليو سنة ١٩٤٧ ، وكانت تعرف باسم دائرة العرائض أو الطلبات Chambre des Requêtes حتى ألغاها القانون الصادر فى هذا التاريخ بحجة أنها تعطل العمل عن طريق عرض الطعن المرجح قبوله على درجتين ، وأوجد المشرع الفرنسى بديلا منها نظام تعدد الدوائر المدنية لتواجه تزايد الطعون المعروضة على المحكمة ، كما أوجد نظام الدوائر المجتمعة ليعالج وليحتاط الى ما قد يترتب على تعدد الدوائر من تناقض فى المبادئ التى تقرها مختلف الدوائر المدنية (١) .

ولم يوجد المشرع الفرنسى دائرة العرائض غداة انشائه نظام النقض فى التشريع الفرنسى ، وانما انشئت هذه الدائرة بمقتضى المرسوم الصادر فى ٢ برومير سنة ٤ من سنى الثورة الذى أحلها محل مكتب العرائض الذى كان قائما فى ذلك الحين (٢) . وكان أول تحديد واضح لاختصاص هذه الدائرة هو ما نصت عليه المادة ٦٠ من القانون الصادر فى ٢٧ فنتوز سنة ٨ من سنى الثورة ، فقد قضت بأن تكون دائرة العرائض احدى دوائر محكمة النقض وجعلت لها الاختصاص النهائى برفض الطعن أو قبوله و احالته الى الدائرة المدنية (٣) .

وقد دفع المشرع الفرنسى الى انشاء هذه الدائرة عاملان : أولها اتاحة الفرصة أمام الدائرة المدنية للتفرغ لنظر الطعون الجدية دون أن يشغلها

---

(١) موريل فى المرافعات سالف الإشارة إليه بند ١٠٨ ص ١١٠ و ١١١

(٢) موريل — المرجع السابق — وجارسونيه وسيزار برو سالف الإشارة إليه ج ١ بند ١٠١ ص ١٦٨

(٣) جلاسون وتيسيه سالف الإشارة إليه ج ١ ص ٢٦١ بند ١٠٩

أو يضيع من وقتها نظر طعون ظاهر عدم جديتها وواضح أنها ما رفعت الا بقصد اطالة أمد النزاع أو لمجرد الأمل فى الوصول الى نقض الحكم بسبب ما قد تحدثه وقائع الدعوى من تأثير على القضاة . وثانيهما الرغبة فى استقرار الأحكام واحترام حجيتها وعدم تعريض الكثير منها للنقض لأسباب غالبا ما تكون بعيدة الصلة بالحق ذاته من حيث ثبوته لأحد الطرفين دون الآخر(١).

على أنه ما أن وضع هذا النظام موضع التطبيق ، وبدأت هذه الدائرة عملها حتى تبين أنها قد خرجت عن الحدود التى أرادها لها الشارع وأنها قد أخلت بالغرض الذى هدف اليه من انشائها فكان أن تعرض نظام دائرة العرائض لنقد شديد وبقى بين مؤيد ومعارض حتى الغاه التشريع الفرنسى أخيرا فى سنة ١٩٤٧ . وكانت حجة المؤيدين لبقاء دائرة العرائض أنها تعمل على غربلة الطعون وتصفيتها فتحول بين ما يكون منها غير مقبول أو متعين الرفض وبين الوصول الى الدائرة المدنية وتحيل ما يستحق النظر منها وماتلمس جديته الى الدائرة المدنية لتفصل فيه ، فيخفف بذلك عبء العمل على هذه الدائرة الأخيرة وتستطيع أن توجه كامل جهدها الى الفصل فى الطعون الجدية وأن تنهض تبعا لذلك بمهمتها على الوجه الأكمل . ويضيف هؤلاء المؤيدون أنه لا ضرر على الطاعن من أن تصدر دائرة العرائض حكمها برفض طعنه أو بعدم قبوله لأنها من جهة هيئة لا يقل أعضاؤها علما وخبرة عن أعضاء الدائرة المدنية ، ولأنها من جهة أخرى لا تصدر حكمها الا بعد بحث مستوف وبعد سماع أقوال الطاعن واستيفاء كل الضمانات التى تكفل له حرية الدفاع . وكذلك لا ضرر على خصمه المطعون ضده من مرور الطعن بدائرة العرائض لأنه ما دام لا يدعى للمرافعة أمامها فهو لا يتحمل من أعبائها أى حمل أو أية مؤونة وأنها ان قضت برفض الطعن فقد انتهى الأمر وكسب الخصومة دون أن يخوض غمارها . ولا يرى هؤلاء المؤيدون عيبا فى مرور الطعون التى يقضى بقبولها فى النهاية بدائرتين تقبلها كل منهما بعد بحث وتمحيص بل يرون فيها مزية وضمانة تكفل حماية الأحكام النهائية من أن تمس بالنقض قبل بحثها بحثا مزدوجا بالغ الدقة ، ويغتفرون فى سبيل تحقيق هذه الغاية مضاعفة المصاريف

(١) جارسونيه وسيزار برو المرجع السابق جـ ١ بند ١٠٢ ص ١٦٨ و ١٦٩ وكيش Cuche الموجز فى المرافعات (١٩٤٦ جان فانسان) الطبعة التاسعة ص ٦٩

لما يقابلها من سهولة الاجراءات وقلة النفقات فى الصور التى تقضى فيها دائرة العرائض برفض الطعن . أما المعارضون لوجود هذه الدائرة فيقيمون معارضتهم على أساس أن هذه الدائرة - كما تكشف عنه العمل - تخرج عن مهمتها وعن الحدود التى أرادها لها الشارع ، فتدقق فى بحث الطعون وترفض كل طعن لا تراه ، فى نظرها وعلى أساس من بحثها الكامل ، واجب القبول حتى ولو كان جديا ومحتمل القبول فتخرج عن مجرد تلمس الجدية الذى هو عملها الى تلمس وجه الحكم فى المسألة وهو ما لا يدخل فى اختصاصها أصلا . ورأوا - حسب ما وقعوا عليه من احصائيات - أنها ترفض ثلثى الطعون التى تعرض عليها مما أدى الى أن يكون لها قضاء ثابت فى بعض المسائل القانونية يخالف قضاء الدائرة المدنية ذاتها ، وعلل هؤلاء المعارضون هذه الظاهرة بأنها ترجع الى شعور قضاة دائرة العرائض بأنهم لا يقلون شأنا ولا علما ولا خبرة عن قضاة الدائرة المدنية بحيث لا ينبغى أن يكون عملهم مقصورا على مجرد غربلة الطعون وتصفيتها باستبعاد ما كان منها ظاهر الرفض أو عدم القبول . ويقول جارسونيه فى هذا الصدد أنه ان أمكن نظريا تصور أن يقتصر عمل القاضى فى دائرة العرائض على تلمس وجه الجدية الا أنه من الصعب عليه عملا أن يقف عند هذا الحد فى بحثه للطعن المعروض عليه الأمر الذى انتهى بدائرة العرائض عملا الى رفض الطعون على أساس ما يتبين لها من بحثها الكامل العميق للاسباب التى بنيت عليها[1] .

وقد أعقب قيام نظام دائرة العرائض فى فرنسا وما كشف عنه العمل من عيوبها أن بذلت محاولات جدية لالغائها فى سنة ١٨٣٥ و١٨٤٨ ، ١٨٨٠ وكذلك أوصت بهذا الالغاء لجنة اصلاح النظام القضائى الفرنسى التى ألفتها الحكومة فى سنة ١٨٧٠ [2] ، ثم تجددت المحاولة فى سنة ١٩١٠ وسنة ١٩٢٠

(١) جارسونيه وسيزار برو المرجع السابق ص ١٧٠ وجلاسون وتيسيه المرجع السابق ص ٢٦١ و ٢٦٢ وحامد فهمى النقض فى المواد المدنية سالف الإشارة إليه ص ٥٠ وهامش رقم ٢ صفحتى ٥٠ و ٥١

(٢) جلاسون وتيسييه المرجع السابق جـ ١ ص ٢٦١ هامش رقم ١ وجارسونيه وسيزار برو المرجع السابق جـ ١ ص ١٦٩ هامش رقم ٣ البند رقم ١٠٢

وقدمت مشروعات قوانين فى البرلمان تهدف الى هذا الالغاء[1] . الا أن هذه المحاولات قد باءت كلها بالفشل ، وكان السبب فى ذلك راجعا الى موقف محكمة النقض الفرنسية التى جاهدت قدر استطاعتها للابقاء على هذا النظام[2] . الا أن موجة الاصلاح قد كتبت الغلبة فى النهاية للمعارضين لقيام هذه الدائرة فانتهى الأمر بالغائها فى فرنسا بالقانون الصادر فى ٢٣ يوليو سنة ١٩٤٧ لأن من شأنها تعطيل العمل من طريق عرض عدد كبير من الطعون على دائرتين . واستعاض المشرع الفرنسى عن هذه الدائرة بزيادة عدد الدوائر المدنية بالمحكمة وبالأخذ بنظام الدوائر المجتمعة ليتلافى ما قد يؤدى اليه التعدد من تضارب فى الأحكام ، فوفق بذلك بين كفالة الضمانات للمتقاضين وعدم ارهاق الدائرة المدنية مع احتياط فى الوقت ذاته لتعارض الأحكام[3] .

٣ — تشكيل دائرة فحص الطعون والاجراءات المتبعة امامها :

قلنا أنه بمقتضى القانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ عدل المشرع المصرى نظام محكمة النقض والاجراءات التى تتبع أمامها عند نظر الطعون المقدمة اليها فى الأحكام الصادرة فى المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية . ويهدف جوهر هذا التعديل الى انشاء دائرة أو أكثر لفحص هذه الطعون قبل عرضها على الدائرة الخماسية فلا يعرض على هذه الدائرة الأخيرة الا الطعون التى تحيلها عليها دائرة فحص الطعون . ولما كان من شأن ادخال هذا النظام تعديل تشكيل المحكمة والاجراءات التى تتبع أمامها ، فقد تناول التعديل المادة الثانية من قانون نظام القضاء ، كما تناول المواد ٤٢٧ و ٤٢٩ و ٤٣١ و ٤٣٢ و ٨٨١ من قانون المرافعات ، فأضاف الى المادة ٤٢٩ فقرة

---

(١) جلاسون وتيسييه المرجع السابق ص ٢٦١ هامش رقم ١

(٢) وقد حدث فى سنة ١٨٣٤ أن طلبت الحكومة إلى محكمة النقض الفرنسية إبداء الرأى فى مشروع قانون لإصلاح النظام القضائى كان يتضمن إلغاء دائرة العرائض . إلا أن المحكمة رأت بإجماع آراء أعضائها ضرورة الإبقاء على هذه الدائرة (أنظر جارسونيه وسيزار برو المرجع السابق ج ١ ص ١٦٩) .

(٣) أنظر نصوص هذا القانون كاملة فى مجموعة قانون المرافعات الفرنسى (مجموعات دالوز) سنة ١٩٥٢ ص ٣٩٩ ومابعدها .

أخيرة أما بالنسبة للمواد الأخرى فقد استبدل بنصوصها القديمة نصوصا جديدة . كما أضاف التعديل مادة جديدة هي المادة ٤٣٢ مكررة . وعالجت المادة ٥ من التعديل الوضع بالنسبة للطعون القائمة قبل تاريخ العمل بهذا القانون والتي عين فيها مستشار مقرر أو لم يعين . ثم عالجت المادة ٦ موضوع الرسوم المستحقة على طلبات وقف التنفيذ . وأخيرا نصت المادة ٨ على أن يعمل بهذا التعديل من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية وقد نشر في عدد خاص بتاريخ ٢٠ أغسطس سنة ١٩٥٥ وأصبح بذلك سارى المفعول من هذا التاريخ

ويمكن بيان فحوى التعديل فيما يلي :

(أولا) ما ورد على المادة ٢ من قانون نظام القضاء من تعديل : تناول التعديل الفقرة الثانية من هذه المادة فأضاف الى الدائرتين المدنية والجنائية دائرة أو أكثر لفحص الطعون في المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية يرأسها رئيس المحكمة أو أحد الوكيلين . وأضاف التعديل فقرة جديدة تنص على أن تصدر الأحكام والقرارات من دائرة فحص الطعون من ثلاثة مستشارين تنتخب الجمعية العمومية للمحكمة عضويها من بين المستشارين الذين أمضوا بها سنتين على الأقل . وقالت المذكرة الايضاحية في ذلك أن المشرع قد قصد بإشتراط مضى هذه المدة وبجعل الرئاسة للرئيس أو أحد الوكيلين أن يكون لأعضاء الدائرة سابقة تمرس بعمل المحكمة مدة كافية حتى يكفل للمتقاضين بذلك ضمانات حقة [١].

(ثانياً) الاضافة التي قررها القانون الجديد للمادة ٤٢٩ من قانون المرافعات : أوجبت المادة ٤٢٩ مرافعات – بعد تعديلها – على الطاعن أن يودع قلم الكتاب بمحكمة النقض وقت التقرير الأوراق الآتية :

١ – صورة من الحكم المطعون فيه مطابقة لأصله أو الصورة المعلنة منه ان كانت قد أعلنت ، إذ ليس هناك ما يمنع من الطعن بالنقض في حكم لم يعلن بعد الى الطاعن .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ وقد نشرت بالنشرة التشريعية التي تصدرها وزارة العدل عدد اغسطس سنة ١٩٥٥ ص ١٨٣٦ وما بعدها .

٢ — صورة من الحكم الابتدائى اذا كان الحكم المطعون فيه قد أحال اليه فى أسبابه . والذى يحصل عملا أن يقدم هذا الحكم فى أغلب الأحوال اذ لا يكاد يخلو الحكم المطعون فيه من احالة الى الحكم الابتدائى سواء ضاقت دائرة هذه الاحالة أو اتسعت .

٣ — المستندات المؤيدة للطعن ان كانت هناك ثمة مستندات من هذا القبيل ، اذ كثيرا ما تكون أوجه الطعن قانونية صرفة تتصل بمناقشة مبدأ قانونى معين وتكون تبعا لذلك فى غنى عن أى مستند يؤيدها .

ووجه التعديل بالاضافة الى هذه المادة أنها عجلت بايداع الحكم المطعون فيه والحكم الابتدائى اذا كانت هناك احالة الى أسبابه ، والمستندات المؤيدة للطعن . فأوجبت على الطاعن أن يقوم بايداعها مع التقرير ، دون المذكرة الشارحة كما كان عليه الحال من قبل التعديل ، اذ أخرت تلك المذكرة لحين احالة القضية الى الدائرة الخماسية بقرار من دائرة فحص الطعون . والمقصود بهذا التعديل هو اتاحة الفرصة أمام دائرة الطعون لفحص التقرير بالطعن مستجمعا كل عناصره حتى تستطيع أن تتبين جديته وان تحقق الحالة التى تؤدى الى احالة الطعن الى الدائرة الخماسية لأن الطعن جدير بذلك أو ترفضه لما تراه من بحثها من أنه غير مقبول شكلا أو باطل أو غير جدير بالعرض على تلك الدائرة .

(ثالثا) نص جديد للمادة ٤٣١ مرافعات : وقد جاء هذا النص الجديد بتعديل جوهرى فى أحكام هذه المادة . فقد كان نصها قبل تعديلها يوجب اعلان الطعن الى جميع الخصوم الذين وجه اليهم وذلك فى خلال الخمسة عشر يوما التالية لتقرير الطعن والا كان الطعن باطلا وحكمت المحكمة ببطلانه من تلقاء نفسها . فجاء التعديل بوضع جديد اذ نص على اتباع الخطوات التالية بعد التقرير بالطعن :

١ — يقوم قلم الكتاب بارسال ملف الطعن للنيابة العامة فورا حتى تقوم بايداع مذكرة بأقوالها وذلك فى أقرب وقت مراعية فى ذلك ترتيب الطعون بالجدول .

٢ — بعد أن تقوم النيابة بايداع مذكرتها يعين رئيس المحكمة أحد أعضاء دائرة فحص الطعون مقررا فى الدعوى ويحدد الجلسة التى تنظر فيها القضية .

٣ — ثم يقوم قلم كتاب المحكمة باخبار محامى الطاعن بتاريخ الجلسة قبل موعدها بأسبوع على الأقل وذلك بموجب كتاب موصى عليه .

ويلاحظ أن التعديل قد استبعد النص فى هذه المادة على البطلان اذ لم يعد هنا له محل ، لأن التكاليف المفروضة بهذه المادة مفروضة على قلم الكتاب والنيابة ، فلا يتصور أن يتحمل الطاعن مغبة تقصيرهما أو خطئهما .

كما أنه ليس هنالك اعلان للمطعون ضده ، اذ أخر ذلك الى ما بعد صدور قرار دائرة فحص الطعون باحالة الطعن الى الدائرة الخماسية . ذلك أن المشرع — كما تقول المذكرة الايضاحية للقانون — لم ير محلا لازعاج المطعون ضده ، والذى بيده حكم نهائى صادر لمصلحته ، من قبل أن تتبين صلاحية الطعن للنظر أمام الدائرة الخماسية . ولا ضرر عليه من عدم دعوته أمام دائرة فحص الطعون اذ لو رفض الطعن فهذا فى مصلحته ، واذا أحيل للدائرة التى تنظره نهائيا فأمام المطعون ضده كل الخطوات التى تكفل له الاستعداد وتقديم دفاعه ومستنداته على ضوء التقرير الذى سيعلن اليه عندئذ وعلى ضوء المذكرة الشارحة التى ستودع فى المرحلة الثانية . ولنا عودة الى الكلام على هذه النقطة عند بيان عيوب نظام دائرة الطعون .

(رابعا) نص جديد للمادة ٤٢٧ مرافعات : اقتصر التعديل على ما يلى :

١ — جعل الاختصاص فى وقف التنفيذ لدائرة فحص الطعون دون غيرها ، والى حين اصدار حكمها أو قرارها .

٢ — أوجب أن يكون قرار وقف التنفيذ باجماع الآراء .

٣ — قضى بالزام الطاعن بمصروفات طلب وقف التنفيذ عند رفضه اذ قد تقرر له رسم .

ويلاحظ على النص الجديد قوله أنه يجوز لدائرة فحص الطعون ، الى حين اصدار حكمها أو قرارها ، ان تأمر بوقف التنفيذ . وهذا واضح بالنسبة للحكم الذى يصدر منها برفض الطعن ، ولكن هل ينتهى العمل بقرارها بوقف التنفيذ حين اصدار قرارها بالاحالة على الدائرة الخماسية ، عندى أن هذا غير مقصور ولا يستقيم مع جعل الاختصاص بوقف التنفيذ للدائرة الثلاثية للتخفيف على الدائرة الخماسية والتعجيل بنظر هذا الطلب لما له من صفة الاستعجال ، فالأمر اذن لا يعدو مجرد عدم دقة فى الصياغة . وعلى ذلك يبقى قرار دائرة فحص الطعون بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه قائما لحين الفصل نهائيا فى الطعن من الدائرة الخماسية فى حالة الاحالة اليها .

(خامسا) نص جديد للمادة ٤٣٢ مرافعات : كان النص القديم لهذه المادة مقتصرا على تكليف الطاعن أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال عشرين يوما من تاريخ الطعن الأوراق الآتية :

١ — أصل ورقة اعلان الطعن الى الخصوم .

٢ — صورة من الحكم المطعون فيه وصورة من الحكم الابتدائى اذا كان الحكم المطعون فيه قد أحال اليه فى أسبابه .

٣ — مذكرة شارحة لأسباب الطعن المبينة فى التقرير ..

٤ — المستندات المؤيدة للطعن .

فجاء التعديل مستخدما رقم هذه المادة لغرض آخر يتطلبه الوضع الجديد الناشئ عن ايجاد دائرة جديدة لفحص الطعون ، وأرجئت اجراءات اعلان الاحالة وتقرير الطعن والدفاع الكتابى بالمذكرات لتواجه بعد احالة الطعن الى الدائرة الخماسية وقيام الطاعن باعلان تقرير الطعن الى المطعون ضده وايداع المذكرة الشارحة وايداع مذكرة المطعون ضدهم وذلك كله فى المادة التالية والتى أضيفت برقم ٤٣٢ مكررة وسوف يأتى الكلام عنها فيما بعد .

وفيما يلى فحوى ما تضمنه النص الجديد للمادة ٤٣٢ مرافعات منظما نظر الطعن أمام دائرة فحص الطعون التى أستحدثها :

١ — تنظر دائرة فحص الطعون بعد أن يتلو المستشار المقرر تقريره وقد أجاز القانون للدائرة أن تسمع محامى الطاعن والنيابة العامة وتكون النيابة آخر من يتكلم . وتسرى القواعد المقررة لنظر الطعن أمام دائرة المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية على الطعن أمام دائرة فحص الطعون وذلك طبعا ما لم ينص القانون على قاعدة خاصة أو اجراء معين يتبع أمام دائرة فحص الطعون .

ولكن ما الحكم اذا حضر المطعون ضده فى الجلسة المحددة بالرغم من أنه لا يعلن بها . وهل يصح له أن يثبت حضوره فى الجلسة وأن يطلب رفض الطعن ، وهل يصح للدائرة أن تستمع الى أقواله أو أن تثبت ما عساه أن يتقدم به من طلبات . وذلك على أساس أنه ، وان كان لا يعلن ، الا أنه خصم فى الطعن ومختصم فى تقرير الطعن من غير شك وله مصلحة ثابتة فى الحكم برفض الطعن وفى التعجيل بهذا الرفض حتى لا يبقى مهددا فى حكم صادر لمصلحته لفترة طويلة .

ليس فى المذكرة الايضاحية للقانون أكثر من أن المطعون ضده لا يعلن فى هذه المرحلة التى يمر بها الطعن أمام دائرة فحص الطعون ، ولكن ليس فيها ولا فى نصوص القانون منع له من الحضور ، بل أن عدم اعلانه مقرر أصلا لمصلحته حتى لا تزعجه الاجراءات من قبل أن تتبين صلاحية الطعن للعرض على الدائرة الخماسية . على أن الظاهر أن المشرع قد أراد ابعاد المطعون ضده عن متابعة الدعوى أمام هذه الدائرة حتى لا ينقلب الأمر الى خصومة كاملة قد تضيع معها الفائدة التى توخاها من وراء ادخال هذا النظام من حيث سرعة الفصل فى الطعون وتخفيف اجراءات الفصل فيها وكتابة الأحكام الصادرة بالرفض أو الاحالة [1] .

٢ — فاذا رأت دائرة فحص الطعون بعد نظرها للطعن أنه جدير بالعرض على الدائرة الخماسية :

(١) وعلى ذلك نرى – أخذا بمفهوم النص وتمشياً مع روح التشريع – أنه لا يحق للمطعون ضده الحضور أمام دائرة فحص الطعون ، ولا يجوز للدائرة ، إن هو حضر ، أن تثبت حضوره أو تعتبره أو أن تستمع إلى ما قد يبديه من طلبات حتى ولو قبل الطاعن حضوره أو لم يمانع فى إبدائه لطلباته لأن الأمر يتعلق هنا بالنظام العام .

(ا) اما لأن الحكم المطعون فيه مرجح نقضه .

(ب) واما لأن الفصل فى الطعن يقتضى تقرير مبدأ قانونى جديد لم يسبق لمحكمة النقض تقريره ، قررت احالة الطعن الى الدائرة الخماسية . ويكفى فى تقرير هذه الاحالة أن تتوفر لها أغلبية الآراء . وتتعين على الدائرة الاحالة اذا رأت أن الطعن وان كان واجب الرفض الا أن الفصل فيه يقتضى تقرير مبدأ قانونى لم يسبق لمحكمة النقض تقريره وذلك تحقيقا لمهمة محكمة النقض فى تقعيد القواعد القانونية وتوحيد كلمة القانون .

أما اذا رأت الدائرة باجماع الآراء أن الطعن :

(ا) غير مقبول شكلا .

(ب) أو رأت أنه باطل .

(ج) أو رأت أنه غير جدير بالعرض على الدائرة الخماسية حكمت برفض الطعن .

وقد رأى المشرع فى اشتراط الاجماع ضمانا كافيا للطاعن لأنه يمثل هذا الاجماع من ثلاثة يمكن أن يرفض الطعن عند نظره أمام الدائرة الخماسية ويلاحظ أخيرا أنه اذا لم ينعقد الاجماع وجبت احالة الطعن الى الدائرة المدنية .

٣ — ورغبة من المشرع فى تبسيط الاجراءات وتوفير الجهد على مستشارى المحكمة نص فى المادة ٤٣٢ مرافعات على أن يكتفى فى كل الأحوال بذكر القرار بالاحالة أو الحكم برفض الطعن لعدم جديته أو لعدم قبوله شكلا أو لبطلانه بمحضر الجلسة . على أنه اذا كان الحكم صادرا برفض الطعن وجب على المحكمة أن تبين بايجاز فى المحضر وجهة نظرها . ويبدو أن المشرع قد أراد بذلك أن يستوثق من جدية الأحكام الصادرة بالرفض .

ويجوز أن تكون الاحالة مقصورة على بعض الأسباب دون بعضها الآخر وعندئذ لا يثار أمام الدائرة الخماسية الا ما قبل من الأسباب وأحيل اليها .

وفى حالة الحكم بالرفض يلزم الطاعن بمصروفات الطعن وتصادر الكفالة حتما بعد أن كان الأمر جوازيا فى ظل النظام القديم ، ثم عاد المشرع أخيرا فجعله وجوبيا كذلك بالنسبة للدائرة الخماسية [1]

ورغبة من المشرع فى أن تكون دائرة فحص الطعون اداة فعالة فى التخفيف على الدائرة المدنية وقطع دابر كثير من الطعون فقد نص على أنه لا يجوز الطعن فى الحكم الصادر منها برفض الطعن بأى طريق من طرق الطعن.

(سادسا) نص جديد للمادة ٨٨١ فقرة أخيرة مرافعات : تنص هذه المادة فى فقرتها الأولى على ميعاد الطعن بالنقض فى مسائل الأحوال الشخصية وهو ثمانية عشر يوما من تاريخ النطق بالحكم اذا كان حضوريا ، فاذا كان غيابيا بدأ الميعاد من اليوم الذى تصبح فيه المعارضة غير مقبولة ، وهذه الفقرة لم يرد عليها أى تعديل ولا مقتض لأى تعديل فيها استنادا الى الاعتبارات التى أوحت بالتعديل الذى تناول (اجراءات) الطعن بالنقض والذى لا شأن له بحكم هذه الفقرة .

أما الفقرة الأخيرة من المادة ٨٨١ مرافعات فكانت توجب على الطاعن ، من قبل تعديلها ، أن يودع قلم الكتاب بمحكمة النقض خلال الميعاد الوارد فى الفقرة الأولى ، الأوراق المبينة فى المادة ٤٣٢ بند ثانيا وثالثا ، أى صورة من الحكم المطعون فيه مطابقة (لأصله) وصورة من الحكم الأبتدائى اذا كان الحكم المطعون فيه قد أحال اليه فى أسبابه ومذكرة شارحة لأسباب الطعن المبينة فى التقرير والمستندات المؤيدة له . ولما كانت المادة ٤٣٢ مرافعات قد استبدل بنصها القديم نص جديد يواجه (الحالة) والاجراءات التى تطلبها انشاء دائرة خاصة لفحص الطعون بحيث أصبحت الاحالة اليها وحدها لا تستقيم ، كما أنه تجب الاحالة على الفقرة الأخيرة الجديدة من المادة ٤٢٩ مرافعات لمواجهة الاضافة التى أدخلت على هذه المادة . لذلك جاء نص (الفقرة) الأخيرة من المادة ٨٨١ مرافعات بعد تعديله بحيث يحقق ذلك كله على الوجه الآتى :

---

(٢) وذلك بمقتضى القانون رقم ٣٠٦ لسنة ١٩٥٦ الصادر فى ١٣ أغسطس سنة ١٩٥٦ والذى عدل حكم المادة ٤٤٦ مرافعات بحيث أصبحت مصادرة الكفالة أمرا وجوبياً عند الحكم بعدم قبول الطعن أو برفضه وكان الأمر قبل ذلك وجوبياً بالنسبة للدائرة الخماسية كما أسلفنا فى المتن .

(ا) أوجب النص على الطاعن أن يودع قلم كتاب محكمة النقض وقت التقرير الأوراق المبينة فى المادة ٤٢٩ فقرة أخيرة بنصها الجديد وهى : صورة الحكم المطعون فيه مطابقة لأصله ، وصورة من الحكم الابتدائى اذا كان الحكم المطعون فيه قد أحال اليه فى أسبابه والمستندات التى تؤيد الطعن . وتودع هذه الأوراق كلها قلم الكتاب وقت التقرير بالنقض .

(ب) نصت هذه الفقرة الأخيرة من المادة ٨٨١ مرافعات على أن تجرى على الطعن أحكام المواد ٤٣١ و٤٣٢ (السابق الكلام عنهما بنصهما الجديد) ، والمادة ٤٣٢ مكررة التى أضيفت بالتعديل الجديد لنظام الطعن بالنقض وهى التى تنظم الاجراءات بعد صدور قرار من دائرة فحص الطعون بالاحالة الى الدائرة الخماسية ، وسوف يأتى الكلام عنها تفصيلا فيما بعد .

(سابعاً) : نص جديد للمادة ٨٨٢ مرافعات : قصد بهذا النص الجديد مواجهة الإجراءات بعد صدور قرار الاحالة على الدائرة الخماسية بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية . فالزم قلم الكتاب بأن يؤشر بهذا القرار على تقرير الطعن . كما نصت المادة فى وضعها الجديد على اتباع الخطوات الآتية :

١ — يعين رئيس المحكمة الأشخاص الذين يعلنون الطعن .

٢ — ويحدد لهم أجلا يقدمون فيه دفاعهم ومستنداتهم .

٣ — وبعد إنتهاء هذا الأجل يحدد جلسة لنظر الطعن وله عند الاقتضاء الأمر بضم ملف المادة الصادر فيها الحكم المطعون فيه .

٤ — ويعلن قلم الكتاب من تقرر اعلانهم بتقرير الطعن ويخبر محامى الخصوم بتاريخ الجلسة المحددة قبل انعقادها بثمانية أيام على الأقل بكتاب موصى عليه .

وبمقارنة النص الجديد لهذه المادة بالنص القديم يتبين أنه ليس هناك فارق جوهرى بين النصين غير مواجهة نتائج إنشاء دائرة فحص الطعون وحقها

فى رفض الطعن أو احالته ، فجعل المشرع الإجراءات تجرى بعد صدور قرار الاحالة من دائرة فحص الطعون الى الدائرة الخماسية بدلاً من جريانها بعد انقضاء الميعاد الوارد فى المادة ٨٨١ مرافعات .

(ثامناً) : نص المادة الجديدة التى أضيفت لقانون المرافعات برقم ٤٣٢ مكرر : قصد بالفقرة الأولى من هذه المادة أن تواجه الإجراءات التى يتعين اتباعها على أثر صدور قرار الاحالة من دائرة فحص الطعون ، وهى ترسم الخطوات الآتية :

١ – يؤشر قلم الكتاب بقرار الاحالة على تقرير الطعن .

٢ – ويقوم الطاعن بإعلان الطعن الى جميع الخصوم الذين وجه الطعن إليهم مؤشراً عليه بقرار الاحالة وذلك فى الخمسة عشرة يوما التالية لقرار الاحالة ، ويكون هذا الإعلان بورقة من أوراق المحضرين وبالأوضاع العادية .

٣ – وعلى الطاعن أن يودع خلال الخمسة أيام التالية لإنقضاء الميعاد السابق أصل ورقة أعلان الطعن ومذكرة بشرح أسباب الطعن المبينة فى التقرير .

ويلاحظ فى التعقيب على هذه الفقرة أن القانون يوجب على الطاعن اعلان الطعن الى جميع الخصوم الذين وجه الطعن إليهم فى فترة معينة تتلو قرار الاحالة مباشرة ، وكان الواجب يقضى بأن يقوم قلم الكتاب بإخطار الطاعن بقرار الاحالة ليبدأ الميعاد فى حقه حتى لا يضطر الطاعن الى أن يتابع قرار الاحالة للتأكد من صدوره ، كما أن مدة الخمسة أيام التى حددت لإيداع أصل ورقة أعلان الطعن والمذكرة الشارحة هى مدة قصيرة للغاية .

أما الفقرة الثانية من هذه المادة الجديدة فتجيز أن يكون من بين أعضاء دائرة المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية من أشترك من أعضاء دائرة فحص الطعون فى إصدار قرار الاحالة . وتقول المذكرة الايضاحية فى تبرير هذا الحكم أن الواضح من نصوص القانون ومن مهمة دائرة فحص الطعون ومن الاجراءات التى تتبع أمامها أنه لاتعارض بين العمل فى هذه

الدائرة وبين العمل فى دائرة المواد المدنية وأنه اجيز أن يشترك فى دائرة المواد المدنية من سبق له الإشتراك فى إصدار قرار الاحالة . ويمكن القول فى تبرير اجازة هذا الإشتراك أنه ليس ثمة حرج أو تعارض فيه إذ ليس لهؤلاء رأى سابق يفيد رفض الطعن أو قبوله وأن رأيهم فى الاحالة قائم على الترجيح دون اليقين ولا يتطلب الشارع منهم أسباباً يمكن أن توحى بإتجاه معين . على أنه من ناحية أخرى يمكن القول بأن الاحالة للترجيح تكشف عن إتجاه القاضى مما قد ينم عن اقتناعه برأى معين .

(تاسعا) أثر احكام التعديل على الطعون السابقة عليه: واجهت المادة ٥ من القانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ الصادر بالتعديل هذا الوضع فى صورتين:

الأولى — أن يكون تاريخ العمل بهذا القانون قد جاء بعد أن عين فى قضية الطعن مستشار مقرر . فنصت المادة فى فقرتها الأولى على عدم سريان أحكام القانون الجديد على هذا النوع من القضايا . وهذا الحكم سليم لأن القضية وقد بلغت هذا المبلغ تكون قد تهيأت للفصل فيها فلا تكاد تحتاج من المحكمة الا لجلسة واحدة تسمع فيها مرافعة الخصوم . وفى تطبيق هذا النظام الجديد عليها تعطيل للفصل فيها وعودة بها الى البداية من جديد .

الثانية — ان تكون الطعون قد قدمت قبل تاريخ العمل بالقانون ولكن لم يعين فيها مستشار مقرر ، فنصت المادة فى فقرتها الثانية على استمرار اجراءاتها وفق المواد ٤٣١ الى ٤٣٨ فقرة اولى قبل التعديل الذى استحدثه القانون . وبعد أن تودع النيابة العامة مذكرة باقوالها يعين رئيس المحكمة أحد أعضاء دائرة فحص الطعون مقررا ، فاذا رأت هذه الدائرة ، أى دائرة فحص الطعون ، ان الطعن جدير بالعرض على الدائرة الخماسية قررت احالته اليها لجلسة تحددها هى ، أى دائرة فحص الطعون ، ويخبر بها قلم الكتاب الخصوم بكتاب موصى عليه قبل الجلسة المحددة بخمسة عشر يوما على الأقل.

ولم تتكلم المادة عن حالة ماإذا تبين لدائرة فحص الطعون أن الطعن فى هذه الحالة غير جدير بالعرض للأسباب المختلفة التى نصت عليها المادة ٤٣٢ مرافعات بنصها الجديد . ولكن مفهوم المخالفة يقضى بأن لها الحق فى رفض الطعن اذاجاء الرفض باجماع الآراء واثبات قرارها مع وجهة نظرها فى الرفض فى محضر الجلسة بايجاز وفق ماتقضى به المادة ٤٣٢ مرافعات بعد تعديلها .

(عاشرا) فرض رسم على طلب وقف للتنفيذ : أضاف التعديل فقرة أخيرة الى المادة الرابعة من القانون رقم ٩٠ سنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية والقوانين المعدلة له ، وهذه الاضافة تقضى بفرض رسم ثابت قدره ٨٠٠ ثمانمائة قرش على طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة النقض (دائرة الطعون) . وليس فى هذه الأضافة بدع فقد سبق تقرير رسم على وقف التنفيذ امام محكمة القضاء الادارى بقصد الحد من مثل هذه الطلبات وقصرها على الطلبات الجدية دون غيرها [١] .

٤ — مقتضيات هذا التعديل الذى أدخل على نظام النقض :

ذكرت المذكرة الايضاحية لمشروع القانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ الذى جاء بالتعديل المقتضيات التى دعت اليه فنسبتها الى الزيادة المطردة فى عدد الطعون اذ بعد ان كان عددها فى الماضى لايجاوز المائة فى كل عام زادت عن ضعف هذا العدد فى الخمسة شهور الأولى من العام الماضى (سنة ١٩٥٤) . ثم اطردت الزيادة فى هذا العام (١٩٥٥) فبلغت الطعون فى هذه الفترة مائتين واربعة وستين طعنا ، بجانب ماأضيف من اختصاصات الى الجمعية العمومية أو للدائرة المدنية ، كالطعون التى ترفع من رجال القضاء أو قضايا تنازع الاختصاص أو الطعون فى الانتخابات النقابية ، أو طلبات وقف التنفيذ التى بلغت فى سنى ١٩٥٢ و ١٩٥٣ و ١٩٥٤ عدد ٦٥ و ٥١ و ٦٦ على التوالى وبلغت ٤٧ فى المدة من يناير حتى ١٦ يونيو سنة ١٩٥٥ ، ورغم مابذله المستشارون من جهد متصل وازدياد عدد الطعون التى فصل فيها فى السنوات الثلاث الأخيرة حتى بلغت ٢٥٣ و ٢٩٨ و ٢٩٥ على التوالى عدا قضايا وقف التنفيذ والقضايا الأخرى ؛ برغم ذلك كله ادت هذه الكثرة فى عدد الطعون الى تأخر الفصل فى القضايا سنوات اربت على الثلاث ، وأخذ عدد الباقى يزداد فى اطراد حتى بلغ فى السنوات الأخيرة ٩٩٠ و ١١٠٠ و ١٢٥٤ على التوالى بعد ان كان فى الماضى يتراوح بين الخمسين والثمانين ، مع أن ماتقبله محكمة النقض من الطعون لا يجاوز الثلث على وجه التقريب .

---

(١) وان كنا نشك كثيرا فى أن فرض مثل هذا الرسم سيكون من شأنه الحد من هذه الطلبات ، ذلك أن من بلغ بدعواه مبلغ محكمة النقض ، متحملا بذلك أقصى نفقات التقاضى ، لا يحول بينه وبين طلب وقف التنفيذ عادة مثل هذا الرسم ، وخاصة أولئك الذين يبلغ بهم لدد الخصومة مثل هذا المبلغ والذين هم فى الغالب أصحاب الطعون الكيدية التى أريد بفرض الرسم الحد منها .

وقد رأى المشرع – كما يتضح من المذكرة الايضاحية – ان خير علاج يكفل سرعة الفصل فى الطعون ، مع كفالة جميع الضمانات الحقة للمتقاضين ، وتجنب العيوب التى لوحظت فى النظام الشبيه به الذى كان متبعا فى فرنسا ، هو انشاء دائرة لفحص الطعون تتسم ببساطة الاجراءات على الوجه المبين فى التعديل والذى اسلفنا بيانه ، وأخصها جعل الدائرة مكونة من ثلاثة مستشارين ثم الزام الطاعن أن يقدم مع تقرير الطعن مايجب عليه تقديمه من اوراق ثم ارسال الملف للنيابة فورا لابداء رأيها فى أقرب وقت ثم تعيين المستشار المقرر ، وعلى اثر تقديم تقريره تحدد جلسة لنظر الطعن ، والاذن للمحكمة بالاكتفاء بما هو مدون كتابة والمضى فى اصدار حكمها أو قرارها اذا لم تجد حاجة لاستجلاء ماأوردته الأوراق ، وعدم اعلان المدعى عليه فى الطعن فى هذه المرحلة على أساس عدم ازعاجه باجراءات قد تنتهى لصالحه .

وذكرت المذكرة الايضاحية الضمانات المؤدية لاحقاق الحق حتى لا يتأثر بهذا التعديل ، فاشارت الى ضرورة ان يكون الحكم الصادر من دائرة فحص الطعون برفض الطعن بالاجماع والا وجبت احالة الطعن على الدائرة الخماسية .

كما ذكرت المذكرة الايضاحية أنه روعى فى الفحص الذى تتولاه دائرة فحص الطعون أمران : أولهما مصلحة الخصوم أى جدية الطعن ، وثانيهما مصلحة القانون . فاذا تبين لها أن الطعن مرجح القبول احالته الى الدائرة الخماسية ، وكذلك يتعين عليها أن تفعل اذا رأت أن الطعن – مع وجوب رفضه – يقتضى الفصل فيه تقرير مبدأ قانونى لم يسبق لمحكمة النقض تقريره ، وذلك تحقيقا لمهمة محكمة النقض فى تقعيد القواعد القانونية وتوحيد كلمة القانون ، وانتهت المذكرة من ذلك الى أن دائرة فحص الطعون لا ترفض من الطعون الا العقيم الذى لا يعود بكسب على رافعه ولا بغنم للقانون .

تلك هى مقتضيات التعديل كما رآها الشارع وكما أفصح عنها فى المذكرة الايضاحية ، فهل هى حقاً كافية لتبرير الأخذ بهذا النظام الذى أسلفنا بيانه وأسلفنا كيف زهدت فيه فرنسا وهى البلد الذى أنشأته أول الأمر وقصدت

به الى مثل ما قصد اليه المشرع المصرى . وهل وفق المشرع فى اختيار الحل المناسب لعلاج الزيادة المطردة فى الطعون التى ترفع الى المحكمة العليا . أم كانت هناك حلول أخرى كان من الممكن أن توصل الى الغرض الذى توخاه الشارع من الأخذ بهذا النظام . ذلك ما نحاول أن نتبينه فى نقدنا لهذا النظام الذى اختاره المشرع المصرى حلا للمشكلة التى تعانيها محكمة النقض .

٥ — نقد التشريع الذى انشأ دائرة فحص الطعون ورتب اجراءاتها :

قدمنا فى بداية هذا البحث أن هذه الدائرة التى أنشأها المشرع المصرى فى محكمة النقض كانت قائمة فى حقيقة جوهرها فى النظام الفرنسى حتى الغاها التشريع هناك فى سنة ١٩٤٧ بعد أن ثبت أنها اداة معطلة للفصل فى الطعون وبعد أن استبانت عيوبها وكشف العمل عن مبلغ ضررها. وقلنا أنه لذلك كان مدعاة للتأمل التجاء المشرع المصرى أخيرا الى الأخذ بهذا النظام وكان من الحق علينا أن نتبين وجه الضرورة أو الفائدة التى تعود على نظام النقض من الأخذ بهذا النظام .

يتبين من الرجوع للمذكرة الايضاحية لهذا التعديل أن الأمر لا يعدوا علاج تكاثر الطعون وايجاد علاج يكفل سرعة الفصل فيها ، ويظهر أن واضعى هذا التعديل اقتنعوا بأن انشاء دائرة لفحص الطعون هو خير علاج لهذه الحالة مع كفالة جميع الضمانات الحقة للمتقاضين وتجنب العيوب التى لوحظت فى النظام الشبيه به الذى كان متبعا فى فرنسا ، اذ حرصت المذكرة الايضاحية على بيان ما اتسم به الوضع الجديد من بساطة فى الاجراءات كما ذكرت الضمانات المؤدية لاحقاق الحق فى نظر واضعى التعديل .

ومهما قيل فى الدفاع عن هذا التعديل والتنوية بمزاياه وتعداد الضمانات التى كفلها للمتقاضين ، فانى أرى أن هذا التعديل لم يكن له ما يبرره كما انى أشك فى أنه سيأتى بالنتائج المأموله التى كانت سببا فى استصداره ، كما انى لا أطمئن الى تلك الضمانات التى أوردها من حيث

انها تغنى عن الضمانات التى كفلها نظام النقض قبل انشاء هذه الدائرة الجديدة والتى اضطر المشرع الى الانتقاص منها ليواجه مقتضيات التعديل الذى انشأ دائرة فحص الطعون .

فالاحصائية التى أوردتها المذكرة الايضاحية من حيث تزايد عدد الطعون حتى بلغت فى سنة ١٩٥٥ عدد ٢٦٤ فى خمسة الشهور الأولى من العام بعد أن كانت ٢٠٢ فى العام السابق عليه ، وما وضع على عاتق الجمعية العمومية والدائرة المدنية من أعباء اخرى كالطعون التى ترفع من رجال القضاء أو قضايا تنازع الاختصاص أو الطعون فى الانتخابات النقابية ، وهى فى ذاتها قليلة [1] ، أو طلبات وقف التنفيذ بالارقام التى ذكرتها المذكرة الايضاحية ، كل ذلك لا يبرر استحداث نظام تبين عدم صلاحيته على ضوء تجربة طويلة انتهت بالغائه وقيل فى تعليل الغائه أنه كان من شأنه تعطيل الفصل فى القضايا بسبب عرض مجموعة كبيرة من الطعون على درجتين ، وكان فى قدرة التشريع الفرنسى الذى الغى الدائرة المقابلة لها فى فرنسا أن يستبقيها مع اصلاح عيوبها ولكنه رأى أن النظام فى ذاته غير صالح وغير مجد فالغاه .

وعندى أنه كان من المتيسر معالجة كثرة الطعون وتأخر الفصل فيها بزيادة عدد الدوائر المدنية كما فعل قانون نظام القضاء قبل تعديله ، أو زيادة جلساتها أو بالأمرين معا . فيتضاعف عدد الطعون التى يفصل فيها أو يزيد دون غض من الضمانات القائمة ودون إيجاد اجراءات قد تكون بساطتها وسرعة تواليها مما لا تؤمن مغبته ، سواء بالنسبة لصوالح الخصوم أو لصالح القانون ذاته الذى أوجد محكمة النقض لتقعد القواعد وتستقر بقضائها المبادىء بجانب اصلاح عيب الأحكام النهائية .

ومع ذلك لا أظن أن البساطة والسرعة التى أحيط بها إنشاء دائرة فحص الطعون ستؤدى الى سرعة إنجاز الفصل فى الطعون ، إذ لم يكن التأخر فى الفصل فيها راجعا لطول الإجراءات أو تعقدها أو تراخى الخصوم فى القيام بها ،

---

(١) بل انها تكاد أن تكون نادرة فى الفترة الأخيرة فضلا عن أن قضايا تنازع الاختصاص قد ضاقت دائرتها بحيث لا ينتظر أن تعرض على المحكمة العليا إلا فيما ندر وذلك بعد توحيد جهات قضاء الأحوال الشخصية التى كانت سبباً فى أغلب قضايا التنازع ان لم يكن كلها .

فالقضاء على هذا كله كان مكفولا فى النظام الذى كان قائما قبل إدخال هذا التعديل بالمواعيد والجزاءات الحاسمة التى أوجدها القانون ورتب البطلان حتما ومن تلقاء نفس المحكمة كجزاء على الاخلال بها ، ولذلك كان ينتهى تحضير الطعن فيما يتصل بالخصوم فى وقت مبكر مع تبادل أوجه الدفاع كاملة مؤيدة بالمستندات التى اتسع الوقت لتحضيرها وإيداعها ، ومع ذلك كانت القضية تبقى معلقة فترة طويلة تمتد الى سنتين أو أكثر قبل تحديد جلسة لها وكثيراً ما كانت النيابة العامة تقدم مذكرتها ولا يحدد موعد لنظر القضية إلا بعد فترة طويلة الأجل . مما يدل على أن بساطة الإجراءات أو إيجازها لن يكون له دخل فى إنجاز الفصل فى الطعون . وإنما سرعة الفصل فى الطعون مع استبقاء كل الضمانات التى تكفل تمحيص الطعن وعرض المبادئ القانونية ومناقشتها ثم تثبيتها بقضاء المحكمة ، كل ذلك يتحقق بأمر واحد هو زيادة عدد الدوائر او زيادة عدد الجلسات اذا اقتضى الحال فتتجنب عيوب إنشاء دائرة جديدة كما يتجنب النقص من الضمانات التى تحوط هذه المرحلة الحاسمة الخطيرة من مراحل الفصل فى المنازعات .

وفيما يلى عرض وتحليل لوجوه النقد وللمزايا والضمانات التى قبل بأن التعديل قد كفلها لنتبين ما اذا كان يمكن الاطمئنان الى فائدتها فى سرعة الفصل فى الطعون مع استبقاء الضمانات الحقة :

(١) يتبين من دراسة التعديل الذى أنشأ دائرة فحص الطعون ، والذى تناول بعض المواد المنظمة للاجراءات أمامها ، وجوه النقد التى نلخصها فيما يلى :

(أولا) إنشاء دائرة ثلاثية لفحص الطعون ، وهذه الدائرة تقضى نهائياً برفض الطعون إما لعدم قبولها شكلا وإما لبطلانها وإما لأنها غير جديرة بالعرض على الدائرة الخماسية أو كما عبرت المذكرة الايضاحية غير مرجحة القبول[١]. ويلاحظ فى التعديل أن ضمانة فحص الطعن بخمسة من المستشارين

(١) والواقع أن تعبير المذكرة الايضاحية للقانون تعبير غير دقيق إذ فرق بين الطعن الغير مرجح القبول والطعن الغير جدير بالعرض ، إذ قد يكون الطعن جديرا بالعرض وان كان غير مرجح القبول كأن يكون من وراء الفصل فيه ولو بالرفض اقرار مبدأ جديد أو الفصل فى نقطة قانونية لها أهميتها فى الكشف عن اتجاه قانونى معين للمحكمة العليا .

قد انقضت ، ولا نزاع أن القانون حين جعل دوائر محكمة النقض تؤلف فى الأصل من خمسة مستشارين راعى أن فى هذا العدد ضمانة تبادل الرأى على نطاق واسع ليكون نضجه أقرب الى التحقيق ، كما راعى أن دائرة النقض تنظر فى سلامة حكم صادر من دائر مؤلفة من ثلاثة مستشارين فمن الطبيعى أن تكون هى مؤلفة من عدد أكبر فردى للاطمئنان الى أن الحكم حين نقض أو أبرم عرض على عدد أكبر من المستشارين تحققت لهم أعظم فرص المداولة وتبادل الرأى للانتهاء الى نتيجة أقرب الى الإطمئنان . فتخفيض العدد الى ثلاثة فيه انتقاص من ضمانة التعدد الملحوظ فى تكوين دوائر النقض .

وقد يقال أن القانون قد اشترط الاجماع فى الحكم الذى يصدر برفض الطعن ، وما دام حكم دائرة النقض كان يمكن أن يصدر بأغلبيه ثلاثة فالضمانة باقية فى اشتراط موافقة آراء ثلاثة على رفض الطعن ، ولكن هذا لا يكفى لأن تبادل الرأى وفحص الطعن فى نطاق خمسة مستشارين غيرهما فى نطاق ثلاثة ، فزيادة العدد تكفل تمثيل وجهات النظر ومناقشتها على نطاق أوسع تتوافر به ضمانة أكبر [1] . ثم ما الفائدة من نقص عدد مستشارى دائرة لها هذا الخطر فى الطعون ، الأمر لايعدو فى اعتقادى وفرا فى عدد المستشارين يستفاد منه فى إيجاد دوائر أخرى ثلاثية لفحص الطعون : ولا يجوز أن تعالج أمور العدالة بوفر فى العدد لكفالة وجود دوائر أكثر عددا لإنجاز فحص الطعون ، بل الواجب للتوفيق بين تحقيق العدالة كاملة عن طريق الالتجاء للمحكمة العليا وبين إنجاز فحص الطعون والفصل فيها زياده عدد الدوائر دون نظر الى ما يترتب على ذلك من زيادة فى الأعباء المالية للدولة .

٢ — الزام الطاعن بإيداع مستنداته عند تقديم تقرير الطعن : وهذا الالزام وما يترتب عليه من حرج فى بعض الأحيان أوحت به الرغبة فى الاسراع بفحص الطعن ، ولكن يعترض على ذلك بأنه كثيرا

---

(١) والملاحظ أن المشرع المصرى ينظر دائماً — فى وضعه نظم التقاضى — بعين الاعتبار إلى زيادة عدد أعضاء الهيئة القضائية الأعلى عن الهيئة التى تسبقها ويعد هذه الزيادة ضمانة هامة من ضمانة التقاضى .

ما يلجأ الطاعن فى اخريات الميعاد للالتجاء الى محام لتقديم طعن فى الحكم ولا يتسع الوقت لتجميع المستندات التى تؤيد الطعن ، وكان للوضع قبل تعديله يمنع الحرج ويكفل ضمانة اتساع الوقت لتجميع هذه المستندات وتقديمها ، وكثيرا ماتكون هذه المستندات صورا لأوراق رسمية تحتاج لبعض الوقت لاستخراج صور رسمية لها من مظانها .

وما كان هناك ضير ولا تأخير تخشى مغبته اذا منح الطاعن فترة معقولة لتحضير مستنداته وتقديمها . والاسراع أمام محكمة النقض بما فيه من عنت وحرج على الطاعن ليس له مايبرره : فالحكم المطعون فيه نهائى واجب التنفيذ ، واذا وافقت دائرة فحص الطعون — وبالاجماع — على وقف تنفيذ الحكم فلأن هنالك من وراء التنفيذ خطرا يتعذر تداركه ، ولان هذا الاسراع لن يؤدى الى السرعة المطلوبة اذ هنالك النيابة العامة والمستشار المقرر وكلاهما لايقيدهما موعد ، وكل الطعون كانت تنتهى اجراءاتها بالنسبة للمتقاضين وتبقى مع ذلك فترات طويلة تمتد الى سنين لسبب لادخل للخصوم فيه . فلا يصح أن يكون العلاج اذن بتضييق الأمر على الخصوم وحرمانهم من ضمانة افساح بعض الوقت أمامهم لتحضير مايؤيد طعنهم وتقديمه ، وانما يكون بعلاج الأسباب الحقيقية لتأخر الفصل فى الطعون عن طريق عرضها على المحكمة للبت فيها ، وهذا متدارك بزيادة عدد الدوائر أو زيادة عدد الجلسات أو بالأمرين معا كما قدمنا . والغريب بعد ذلك أن القانون بعد تعديله لم يعط فرصة أخرى للطاعن لتدارك مافاته من تقديم المستندات أو استيفائها .

(ثالثا) استبعد التعديل المطعون ضده فى هذه المرحله من خوض غمارها . ولكن يلاحظ فى تكشف الحقائق ومناقشة المبادئ القانونية أن ذلك السجال الذى يدور بين الخصمين من شأنه أن يجلو الغامض ويظهر التطبيق الصحيح للقانون ويمكن النيابة من أبداء رأيها على اساس من دراسة وجهتى النظر ، كما يمكن المستشار المقرر من أن يضمن تقريره وجهتى نظر الخصوم ويمكن المحكمة من استكمال دراسة القضية سواء انتهى الأمر الى احالتها أو رفض الطعن . فما كان هنالك ضير من تمكين المطعون ضده من ابداء وجهة

نظره فى الطعن بل فى ذلك فائدة محققة لمصلحة القانون ويسر فى فحص الطعن وتوجيه سليم للفصل فيه . ثم ان ابعاد المطعون ضده — وهو خصم من غير شك — عن مجال الخصومة فيه خروج على مبدأ اساسى من مبادئ التقاضى(١).

(رابعا) منع التعديل تقديم مذكرة شارحة من الطاعن فى هذه المرحلة وذلك مراعاة للبساطة والسرعة ، ولكن ذلك لن يؤدى الى بساطة ولا تيسير فان الطاعنين سيلجأون الى أن يضمنوا تقاريرهم مذكراتهم الشارحة ، ولن يترتب على التعديل فى هذا الموضوع غير حرمان الطاعن من فرصة شرح أسباب طعنه اذا ضاق الوقت بسبب ضيق مابقى من ميعاد الطعن ومايترتب على ذلك من عرض الطعون لفحصها غير مستوفية البحث والدراسة والعرض من جانب الخصوم فى مرحلة من اخطر المراحل التى تؤدى فى كثير من الأحيان الى رفض الطعن . فلا تتحقق مصلحة الخصوم اذا لم تتح لهم فرصة مواتية كافية للدراسة والعرض وتبادل المذكرات والمستندات ، كما أنه قد ترتب على هذا التضييق عدم اتاحة الفرصة للنيابة ولا للمستشار المقرر ولا للدائرة ذاتها للحصول على عناصر كافية للبحث والعرض وتقليب وجهات النظر وتكوين الرأى على اساس وطيد :

(خامسا) اكتفى التعديل فى حالة الحكم برفض الطعن ببيان وجهة نظر الدائرة بايجاز فى محضر الجلسة . فاذا وقف الأمر عند هذا الحد فى التطبيق فقد امتنع تقعيد القواعد وقرار المبادئ القانونية واضحة مسببة مفصلة فى جميع الاحكام التى تصدر برفض الطعن وهى غالبية (٢)، وفى ذلك اضعاف كبير

(١) ولا أدرى ما العلة التى من أجلها حرص المشرع على حرمان المطعون ضده من المثول أمام دائرة العرائض والتستر وراء الزعم بأنه قد أراد بذلك تحقيق مصلحته بعدم إزعاجه فى مرحلة قد تنتهى إلى الحكم لصالحه . فان مثل هذا الحرمان لا يمكن أن يستقيم مع أى من الأسس أو الأصول التى يمكن إسناد نظام دائرة العرائض إليها . ذلك أن المشرع قد حرص ، حتى فى أولى مراحل التقاضى وهى فترة التحضير ، على دعوة المدعى عليه حتى لا يتم إجراء فى غيبته ولا تخطو الدعوى أى خطوة على غير علم منه .

(٢) والمطالع لأحكام محكمة النقض المصرية يلمس أن الكثير من الأحكام التى قررت أسبابها مبادىء لها أهميتها وقيمتها فى قضاء المحكمة كانت تنتهى دائماً برفض الطعن . ذلك أن رفض الطعن لم يمنع محكمة النقض من أن تتعرض للمبادىء التى بنى عليها الحكم المطعون فيه ولوجهات النظر التى يبديها الخصوم أمامها لتخرج من ذلك كله إلى إقرار المبدأ القانونى السليم .

لأثر قضاء محكمة النقض فى تأصيل المبادىء وتوحيدها واستقرارها فتتعطل بذلك – وفى هذا النطاق الواسع – وظيفة هامة من وظائف محكمة النقض ويضيع غرض استهدفه المشرع من انشائها . واذا تجاوزت دائرة فحص الطعون نطاق النص فسببت احكامها تسبيبا وافيا وناقشت المبادىء القانونية التى استندت اليها فى رفض الطعن فقد استحدثت قضاء قد يعارض قضاء الدائرة المدنية ويقع الحرج الذى كان مصدرا للقدح فى النظام الشبيه به فى فرنسا قبل الغائه . فضلا عن أن البحث والتسبيب سيعوزه سند هام هو انعدام مناقشة هذه المبادىء بين المتقاضين فى مذكراتهم .

(٢) واذا نظرنا الى الناحية الأخرى من هذا التشريع وهى ناحية الضمانات التى كفلها فى هذه المرحلة وجدناها لا توازن ماانتقص به التعديل من ضمانات ولاتسد هذا الفراغ الذى احدثه ، سواء فى دراسة القضية دراسة وافية أو فى مناقشة المبادىء القانونية التى يثيرها الطعن للانتهاء الى مبادىء سليمة تستقر بها . فهذه الضمانات تتلخص فى :

ا – تطلب صدور الحكم برفض الطعن باجماع المستشارين الثلاثة الذين يكونون الدائرة . وقد سبق أن بينا عدم كفاية هذا كضمان يعوض النقص فى عدد المستشارين الذين يحكمون برفض الطعن .

ب – النص على أن يرأس هذه الدائرة الثلاثية رئيس المحكمة أو وكيلها وهذا متوفر دائما فى الدوائر الخماسية ولم اتبين أثره فى تكوين دائرة فحص الطعون كما انى لم اتبين وجه الضمانة فيه ، فالمفروض ان الكفاية والخبرة والعلم متوافرة فى جميع أعضاء محكمة النقض . كذلك لم اتبين للسبب ذاته أثرا أو أهمية فى اشتراط قضاء عضوى الدائرة سنتين فى محكمة النقض ، فالخبرة والعلم بالقانون متوافران دائما وعلى الأخص فيمن وصلوا الى المحكمة العليا ، وليس فى هذين الشرطين ضمانة خاصة تكافىء ماانتقص من ضمانات كنتيجة لهذا التعديل ، اذ أن أهم ضمانة أن تتاح للمتقاضين وللنيابة العامة وللمستشار المقرر وللدائرة من بعد هؤلاء جميع العناصر والفرص وأوجه البحث والدفاع التى تمكنهم من دراسة الطعن دراسة وافية تعاون على الاطمئنان الى الرأى أو الحكم الذى يصدر فى الطعن .

(٣) ولعل النقطة الوحيدة التى قد تخفف اليسير مما تقدم من حرج وتضييق ان التعديل اوجب الاحالة على الدائرة الخماسية اذا كان الفصل فى الطعن يقتضى تقرير مبدأ قانونى لم يسبق لمحكمة النقض تقريره حتى ولو كان الطعن مرجحا عدم قبوله (١) . وهذاهو النص الوحيد الذى كفل تحقيق ناحية من نواحى تأصيل القواعد القانونية وتوحيدها . ولكن مثل هذا النص لايكافئ فى قليل أو كثير ماعرضناه من نقص كبير فى الضمانات كنتيجة للتعديل سواء أكان ذلك من ناحية رعاية مصالح الخصوم أو مصلحة القانون .

ويمكن القول — فى نظرى — بان التعديل لم يحقق فائدة بل انتقص من ضمانات الخصوم ومن الوسائل المجدية فى حسن الوصول الى نتيجة يطمأن اليها فى فحص الطعن ، ثم هو ليس بالعلاج الملائم لتأخير الفصل فى الطعون واشك فى أنه يؤدى الى سرعة انجازها ، فهنالك النيابة العامة والمستشار المقرر لايقيدهما ميعاد فى دراستهما للقضية والتقدم بالرأى أو التقرير فيها . وهنالك العسر فى دراسة الطعون فى هذه المرحلة بسبب عدم وجود مذكرات يتبادلها الخصوم فتلقى ضوءا على مقاطع النزاع فى الطعون . كما يمكن التأكيد بأن التعديل ، كما صدر ، لم يكن له من المبررات مايقتضى اصداره على هذا الوضع ، ولن يكون له أثر يذكر فى وضع حد لبطء الفصل فى الطعون . وقد سبق أن ذكرنا أن التشريع الفرنسى قد الغى مثل هذه الدائرة لأنها تعطل الفصل فى القضايا ولا تساعد على انجازها بعد تصفيتها واستبدل بها نظام تعدد الدوائر المدنية وما اليها ، وكان الاجدر بالمشرع المصرى أن ينحو هذا النحو فيضمن انجاز الفصل فى الطعون دون أن يعرض النظام الذى كان قائما قبل التعديل والضمانات التى كان يكفلها الى هزات لاتؤمن عواقبها . ولا أظن أن عيوب هذا النظام ، وهى التى كانت سببا فى العدول عنه فى فرنسا والدول التى نحت نحوها ، قد عولجت فى هذا التشريع علاجا حاسما .

---

(١) وإن كان الملاحظ أن الوصول الى تقرير أن الفصل فى الطعن يقتضى تقرير مبدأ قانونى جديد لم يسبق لمحكمة النقض أن قررته ، الوصول الى ذلك فى ذاته ليس بالأمر اليسير الذى سيتضح دائماً لدائرة فحص الطعون ، فقد ترى هى بتقديرها الثلاثى أن الأمر لا يقتضى تقرير مبدأ جديد أو أن محكمة النقض قد قررت مبادىء فى هذا الشأن فعلا ، مع أنه لو ترك الأمر الى الدائرة الخماسية لرأت غير ذلك الرأى .

خاتمة

ونلاحظ أخيرا أن المشرع المصرى قد حرص — فى التعديلات التى أدخلها على القواعد الخاصة بطريق الطعن بالنقض منذ صدر قانون المرافعات الجديد — على التخفيف على الدائرة المدنية لتستطيع أن تنجز ما هو معلق من طعون تتزايد مع الوقت ولتستطيع أن تفرغ لها ، مطرحا ما عدا ذلك من اعتبارات ، ولذلك رد نوع الأحكام التى يجوز الطعن فيها بطريق النقض الى النطاق الذى كان قائما عند انشاء محكمة النقض فى سنة ١٩٣١ ، مع أن الوضع كان عند انشاء المحكمة ، وفى هذا الخصوص ، موقوتا باستقرار العمل فى المحكمة الجديدة وتدعيم أركانها وعدم اغراقها بالطعون فى بواكير نشأتها . ولما صدر القانون الجديد للمرافعات فى سنة ١٩٤٩ وسع من نطاق الأحكام التى يصح الطعن فيها بالنقض لتشمل الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الابتدائية أو فى استئناف أحكام محاكم المواد الجزئية معللا ذلك كما سبق أن قلنا بأن الأعتبارات التى دعت الى التضييق السابق قد زالت وأن الوقت آن لاتاحة الفرصة لاصلاح عيب هذه الأحكام وتثبيت المبادئ القانونية التى تثيرها . وكان طبيعيا أن يحتاط المشرع للضغط المنتظر على محكمة النقض فاضاف اليها دائرة مدنية جديدة .

ولكن المشرع ما لبث أن استبعد هذه الأحكام ، وأعاد الحالة الى ما كانت عليه قبل العمل بالقانون الجديد ، ومهدت محكمة النقض لهذا التخفيف بأن بقيت مقتصرة على دائرة مدنية واحدة . وجاء التشريع موضوع هذا البحث فخطا خطوة ثانية فى سبيل التخفيف على هذه الدائرة متمسكا دائما بفكرة ايجاد دائرة مدنية واحدة ومعالجا كثرة الطعون وتأخير الفصل فيها بانشاء دوائر لفحص الطعون مع ما يحيط اجراءاتها من إضعاف لكثير من الضمانات التى يحرص القانون دائما على توفيرها وخاصة أمام المحكمة العليا لكى يحمى بها صوالح المتقاضين فى هذه المرحلة الحاسمة . ولكى يتيح الفرص لدراسة الطعون دراسة وافية تستقر بها المبادئ وتتوحد بها كلمة القانون .

وكان الغرض فى نظرى يتحقق من طريق زيادة عدد الدوائر المدنية أو زيادة عدد الجلسات أو بالأمرين معا ، فتبقى الضمانات قائمة ويتحقق انجاز الطعون فى وقت ملائم دون عنت أو أرهاق ، ولأمكن أن نتفادى بذلك تعديلا ، مهما قيل فى الدفاع عنه ، لا تمكن انكار أثره فى اضعاف كثير من الضمانات التى كان يكفلها نظام النقض قبل هذا التعديل لمصلحة الخصوم ورعاية جانب القانون .

ولكنها تجربة أملتها الرغبة المشروعة والقصد الطيب فى اصلاح الحال سيكشف العمل عن مدى صلاحيتها لتحقيق الهدف المقصود بها .

كتاب اغاثة الأمة بكشف الغمة

لتقى الدين احمد بن على المقريزى

نشر الدكتور محمد مصطفى زيادة والدكتور جمال الدين الشيال
(الطبعة الثانية ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، ١٩٥٧)

للدكتور حسين فهمى

عميد الكلية

الدراسات الاجتماعية قديمة ما وجد المجتمع المنظم ، غير أن الصفة العلمية لم تلحق هذه الدراسات الا بعد تقدم العقل المنهجى ، أى أنها اكتسبت صفتها العلمية من تقدم الدراسة المنهجية . وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن العلوم الاجتماعية فى مختلف أنواعها ليست مستحدثة ، بل أن لها أصولا ترجع الى العصور السابقة .

والدراسة الاقتصادية هى دراسة اجتماعية ما فى ذلك شك ، والفكر الاقتصادى قديم كذلك ، أى منذ عصر اليونان والرومان ، والعصور الوسطى على أن الفكر الاقتصادى لم يكتسب صفته العلمية الا بعد أن كتب آدم سميث ، سنة ١٧٧٦ كتابه الذى عنوانه « ثروة الأمم » واتبع فيه طرق الدراسة المنهجية ولا عجب فان آدم سميث كان أستاذاً للمنطق والفلسفة ، قبل أن يكتب كتابه هذا فى الاقتصاد السياسى .

وما كان العرب متخلفين فى هذا المضمار ، لأن الأفكار الاقتصادية دراسات اجتماعية أولا ، وما زالت الدراسات العربية الاجتماعية منهلا عذباً يغترف منه الباحثون ، ويرون فيه معينا لا ينفد . وبلغ الفكر الاقتصادى العربى ذروته فى القرن الخامس عشر الميلادى ، حين خضعت مصر لسلاطين المماليك المعروفين باسم الجراكسة ، أى منذ أواخر القرن الرابع عشر (١٣٨٢ — ١٥١٧م) . ذلك أن مصر عانت فى عهد أولئك السلاطين أنواع

الآلام والمظالم ، وساءت الأحوال فيها بين الناس ، فكان الفلاحون مثلا يمتنعون عن جلب ماشيتهم وحاصلاتهم للبيع بأسواق القاهرة ، خشية مصادرة الحكومة المملوكية لها وشرائها بأبخس الأثمان ، كما كان العدل يباع كالسلعة يختص به أكبر مزايد . وكانت البلاد من آونة الى أخرى تنتابها الأوبئة والطواعين والغلاء بسبب فقر النيل وشرق الأراضى . ويقول المقريزى انه فى عهد السلطان فرج (١٣٩٩ — ١٤٠٥م) « عظم الغلاء والفناء فباع أهل الصعيد أولادهم من الجوع ، وصاروا أرقاء مملوكين ، وشمل الخراب الشنيع عامة أهل مصر » [١] ، وهبط تعداد السكان الى الثلث ، كما كان السلاطين عاجزين عن كبح جماح أعوانهم .

والنظريات الاقتصادية انما تتأثر بالبيئة التى يعيش فيها أصحابها واليك الدليل : فنظرية مالتس فى السكان تأثرت بالأوضاع التى كانت عليها انجلترا فى القرن الثامن عشر ، وكذلك نظرية ريكاردو فى الريع ، بل أن نظريات كينز فى مكافحة البطالة — وهو الاقتصادى المعاصر — تأثرت بالأحوال الاقتصادية العامة بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية . وعلى هذا القياس لم يكن غريباً أن يظهر وسط الفوضى التى عمت مصر خاصة فى القرن الخامس عشر عدد من المؤلفين المعنيين بالمسائل الاجتماعية والاقتصادية . أمثال عبد الرحمن ابن خلدون وأحمد ابن الدلجى وأحمد المقريزى .

كتب ابن خلدون مقدمته فى الحضارة ونشوئها ، ومقومات الحياة الاقتصادية ومشاكل السكان . وانتاج الثروة ومقاييس الحضارة ، وشرح أثر الظلم فى خراب العمران ، وكيف يسرى الخلل الى الدولة ، وكيف يكون انحلال الدول وسقوطها . أما أحمد ابن الدلجى فتناول فى أبحاثه الفقر والفقراء . وأسباب الفاقه ومكافحتها . وهو ينحى كزميله ابن خلدون منحى تاريخياً اجتماعياً ، على أن المقريزى يمتاز عن زميليه فى أنه عالج الموضوعات الاقتصادية فى كتاب « اغاثة الأمة لكشف الغمة » علاجاً تحليلياً فريداً .

---

(١) الخطط للمقريزى ص٢٤١ وما بعدها ، الجزء الثانى فى ذكر دولة المماليك الجراكسة.

وكتاب « اغاثة الأمة » عرض اقتصادى لما اجتازته مصر من محن الغلاء والشرق منذ الطوفان الى عصر المقريزى (١٣٦٢ — ١٤٤٢م) ، وهو يحتوى كذلك على فصل يتحدث فيه المؤلف عن أسباب هذه المحن ، ويوجزها فى ثلاثة [١] :

(أولا) ولاية الخطط السلطانية والمناصب الدينية بالرشوة ، فتولاها الجهلاء والمفسدون .

(ثانياً) غلاء ايجار الأطيان وزيادة نفقات الحرث والبذر والحصاد على ما تغله الأرض .

(ثالثاً) رواج الفلوس وكانت نقداً قليل القيمة ، على حين يرى المقريزى أن سلامة النقد انما ترتكز على الذهب والفضة .

ويتبع المقريزى بنبذة فى تاريخ العملة فى الدول الاسلامية عامة ومصر خاصة ، ثم يتحدث عن طبقات المجتمع باسهاب ، ويشرح مستويات الأسعار فى عصره ، وخاصة أسعار المواد الغذائية وتقلباتها ، وأثر هذه التقلبات فى مختلف طبقات المجتمع ، ثم يصف ما يراه من علاج لهذه الأحوال الاقتصادية .

وأشهد أنى حين قرأت هذا الكتاب أعجبت به اعجاباً شديداً ، فهو يحوى بين دفتيه عرضاً لنظريتين من النظريات الاقتصادية الحديثة المعقدة تتصل احداهما بالأزمات ودوريتها ، والثانية خاصة بتثبيت النقد وعلاج تدهوره .

فالنظرية الخاصة بالأزمات ودوريتها ما زالت الى الآن — وخصوصاً فى الولايات المتحدة — قطب الرحى فى الدراسات الاقتصادية ، واتصالها بالنظام الاقتصادى الرأسمالى بعد التطورات الصناعية الحديثة وثيق . واختلف الاقتصاديون المحدثون فى تعليل هذه الظاهرة ؛ أما علاجها فيكاد يكون أمراً عسيراً ، فضلا على أن وسائل مكافحتها مثار للخلاف الشديد . ويرزح الاقتصاد الرأسمالى تحت أعباء هذه الأزمات ، ويدعى الاشتراكيون أنهم

---

(١) أنظر ص ٤١ من الكتاب .

بحكم التوجيه الاقتصادى استطاعوا أن يقللوا من آثارها . ثم أن هذه الأزمات أصبحت عالمية فى شكلها ، فتنشأ فى دولة من الدول الصناعية الكبرى ، ثم تنتشر منها الى الدول الأخرى الصناعية والزراعية ، والناس فى تعليلهم وفى ايجاد الحلول لها حيارى .

وكانت الحياة فى مصر فى عهد المقريزى حياة زراعية ، تتعاقب عليها السنوات السمان والعجاف ؛ ولذلك فان عالما ضليعا كالمقريزى لابد أن يشهد له بسعة التفكير وعمقه عند ما يحاول أن يفسر هذه الظواهر تفسيراً علمياً . فاذا علمت بعد ذلك أن هذه التفسيرات تتسم بالطابع العلمى والتحقيق الدقيق أيقنت أن عقلية المقريزى كانت جبارة حقاً ، مجيدة حقاً ، وأنها بعد ذلك جديرة بالاعجاب الشديد .

أما نظريته فى تثبيت النقد ففيها الدليل القاطع على عبقرية المقريزى ، اذ يقول إنه حتى أيام الخليفة الفاطمى الحاكم بأمر الله كان الدينار الذهبى هو وحده النقود ، أما الفضة فكانت تتخذ حليا وأوانى حتى سك الحاكم بأمر الله الدراهم . لكن الناس درجوا على الاقتطاع منها ، فاضطربت الأحوال ، حتى زمن السلطان الكامل الأيوبى ، فضرب الدراهم الكاملية ، وقل التعامل بالذهب ، وأصبح الدرهم هو العملة الرئيسية التى تقوم بها المبيعات الجليلة ، ثم سك الكامل بعد ذلك « الفلوس » من النحاس ، كعملة مساعدة تجرى بها الصفقات الصغيرة . غير أن السلاطين الذين تولوا حكم مصر بعد الكامل أسرفوا فى ضرب الفلوس . فيذكر المقريزى أنه فى آخر عهد السلطان برقوق (١٣٨٢ — ١٣٩٩م) كان الناس يتعاملون فى ثلاثة أنواع من النقود : « الفلوس » وهو النقد الأكثر استعمالا . والدينار من الذهب وهو قليل فى التعامل وان كان متداولا كسلعة بأيدى الناس ، وأما « الفضة » فقد بطل التعامل بها لعزتها . وعظم رواج الفلوس وكثرت كثرة بالغة حتى صارت المبيعات وقيم الأعمال كلها تنسب الى الفلوس خاصة ، وأن الناس شكوا من هذه الحالة [١] .

---

(١) أنظر ص ٧١ من الكتاب .

والمقريزى هنا يوضح ظاهرية اقتصادية فى غاية السلامة ، وهى أن النقود الرديئة تطرد النقود الجيدة من التداول ، وكانت الفلوس نقداً رديئاً بالنسبة للدينار أو الدرهم ، فطردتهما من السوق . وهذه القاعدة الاقتصادية تعرف بقانون جريشام ، نسبة الى الاقتصادى الانجليزى المعروف الذى عاش فى القرن السادس عشر الميلادى ابان حكم الملكة اليزابث فى انجلترا ، أى أن المقريزى أوضح هذه القاعدة قبل مائة سنة تقريباً من مولد جريشام ، وانظر وتعجب !!

ثم يستطرد المقريزى بعد ذلك فيوضح أثر الاسراف فى اصدار الفلوس واستخدامها عملة رئيسية ، ويقسم المجتمع الى طبقات ، ويوضح أثر التضخم فى حالة هذه الطبقات ، موضحاً أن أفراد الطبقات ذات الدخل الثابت هم الذين يتأثرون تأثراً واضحاً بهذا التضخم .

وتظهر عبقرية المقريزى واضحة كل الوضوح عند ما يحاول معالجة هذه الحالة النقدية المضطربة ، مع العلم بأن المسائل النقدية ومعالجتها أمر محفوف بالمصاعب ، وأن التفكير فيها شاق حتى عند علماء الاقتصاد ، وأشق منه رسم السياسات النقدية . أما المقريزى فانه فطن الى ضرورة الرجوع أولا الى الذهب والفضة أساساً للتداول ، فالنقود المعتبرة انما هى الذهب والفضة ، وما عداهما لا يصلح أن يكون نقداً ، أما الفلوس فيقتصر صرفها فى محقرات المبيعات ، أى فى الصفقات الصغيرة . ويترتب على ذلك هبوط الأسعار ، لأن كمية النقود المتداولة بعد استبعاد الفلوس من الصفقات الكبيرة ستقصر على وحدات أقل من الذهب والفضة ، وسيقتصر على استخدام الفلوس نقوداً مساعدة للصفقات الصغيرة ، فتكون أكثر من الحاجة ، وعما قليل لا تكاد توجد « لضرب الناس لها أوانى » [1] — على قوله — ، أى تختفى فى البوتقة على قول الاقتصاديين المحدثين !!! ولعمرى انه لتفكير سليم ، بل لست أظن أن علماء الاصلاح النقدى المحدثين يستطيعون أن يضيفوا شيئاً جديداً الى هذا الاصلاح القديم .

---

(١) أنظر ٨١ من الكتاب .

أما بعد .. فان اخراج طبعة ثانية من كتاب « اغاثة الأمة بكشف الغمة » خدمة جليلة فى سبيل احياء الفكر الاقتصادى العربى ، ولذلك فان ناشريه الأستاذين زيادة والشيال يستحقان أعمق الشكر على مجهودهما القويم ، ونرجو أن يكون لنشر هذا الكتاب ما بعده ، والله الموفق ...

أساس القانون الإدارى ونطاق تطبيقه

بحث فى بيان أثر فكرة المرافق العامة وفكرة السلطة
فى تكوين القانون الأدارى وفى تحديد نطاق تطبيقه

بقلم الدكتور محمد فؤاد مهنا
أستاذ القانون العام بجامعة الاسكندرية

تمهيد.

تختلف مبادئ القانون الادارى فى طبيعتها عن مبادئ القانون الخاص . فالقانون الادارى ، باتفاق الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر ، يتميز بأنه يمنح الادارة حقوقاً وامتيازات خاصة لا يتمتع بمثلها الأفراد . وهو لا يعامل الخاضعين لأحكامه على قدم المساواة كما هو شأن القانون المدنى وغيره من فروع القانون الخاص ، ولكنه يرعى جانب المصلحة العامة ويفضلها دائماً على المصلحة الخاصة ، ويفرد للسلطة العامة الأمينة على هذه المصلحة العامة مركزاً متميزاً عن مركز الأفراد الذين تتعامل معهم أو ترتبط بهم برابطة من روابط القانون .

وليس معنى هذا أن السلطة الادارية لا تخضع فى كل أعمالها وتصرفاتها لغير أحكام القانون الادارى ، فأن جانباً من نشاط هذه السلطة يخضع لأحكام القانون الخاص ، بل أن هذا الجانب قد اتسع نطاقه فى العصر الحديث تبعاً لتطور النظام الاجتماعى والاقتصادى .

غير أن « القانون الادارى » لا يشمل قواعد القانون الخاص التى تسرى على السلطة الادارية فى علاقاتها بالأفراد فى بعض الأحوال ، ولكنه يقتصر على المبادئ والقواعد التى تختلف عن مبادئ وقواعد القانون الخاص وتتميز عنها بأنها تمنح الادارة فى علاقتها بالأفراد حقوقاً وامتيازات خاصة لا يتمتع بمثلها الأفراد فى ظل القانون الخاص ، وهذه هى وحدها المبادئ والقواعد التى يشملها تعريف القانون الادارى بوصفه فرعاً مستقلا من فروع القانون .

حقيقة يلاحظ أن القانون الخاص يتجه فى تطوره الحديث نحو رعاية المصلحة العامة فى صورة تحمل معنى التقارب بين مبادئ القانونين العام والخاص . لكن مبادئ وقواعد القانون الأدارى لا تزال مع ذلك ورغم هذا التطور مختلفة ومستقلة عن مبادئ وقواعد القانون الخاص .

والقانون الأدارى ، بهذا التحديد ، أثار أخيرا فى فرنسا وفى مصر وما يزال يثير نقاشاً فقهياً حول تحديد الأساس الذى يقوم عليه بناؤه وحول تحديد نطاق تطبيق مبادئه وأحكامه .

ثار هذا الجدل الفقهى أولا فى فرنسا مهد القانون الأدارى وانتهى فى السنوات الأخيرة الى خلق حالة من الشك فى سلامة مركز القانون الأدارى فى العصر الحديث وسلامة الأساس الذى قام عليه بناؤه منذ نشأته وهو فكرة المرافق العامة . وبدأنا نقرأ للفقه الفرنسى مؤلفات وبحوث تتحدث عن أزمة القانون الادارى [1] وأزمة المرافق العامة . وأعلن بعض الفقهاء فى صراحة انقضاء نظرية المرافق العامة وزوال أهميتها كأساس للقانون الأدارى . وتردد صدى هذا الجدال الفقهى الفرنسى فى مصر وكان له أثر ظاهر فى بعض المؤلفات والبحوث التى ظهرت أخيراً عندنا .

ونظراً لأن مبادئ القانون الأدارى وأحكامه غير مقننة وأن مهمة إنشائها تقع أولا على عاتق القضاء والفقه ، فان البحث فى تحديد الأساس أو المعيار الذى يرجع اليه فى بناء القانون الأدارى وفى تحديد نطاق تطبيقه يعتبر بحق أهم ما يجب أن توجه اليه عناية القضاء والفقه فى الوقت الحاضر .

ولهذا رأينا أن نقدم هذا البحث نعرض فيه رأينا فى تحديد أساس القانون الأدارى فى مصر والمعيار الذى يتعين الرجوع اليه فى تحديد نطاق تطبيقه .

---

(١) Wa'ine : Situation acuelle du droit admimistratif en france. Juris - classeur administratif : Preface; Drago : Les erises de la notion d'etablissements publics 1950; De corail : La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français 1954

— ١ —

أساس القانون الإدارى ونطاق تطبيقه فى فرنسا

يرجع الفضل فى إنشاء مبادئ القانون الأدارى الفرنسى الى جهود مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص . وأحكام هاتين المحكمتين هى المصدر الحقيقى لمبادئ القانون الادارى فى فرنسا . ويكاد دور الفقه الفرنسى ينحصر فى استخلاص المبادئ التى تتضمنها هذه الأحكام وتفسيرها وتحديد نطاقها وإقامة نظريات عامة للقانون الأدارى على أساسها .

وقد أقام القضاء الأدارى الفرنسى بناء القانون الأدارى على أساس فكرة المرافق العامة . فكان ينشئ المبادئ التى تلائم نشاط المرافق العامة وتكفل لها سيراً منتظماً فى تحقيق أهدافها ، كما كان يحدد نطاق تطبيق القانون الادارى واختصاص القضاء الأدارى بالرجوع الى فكرة المرافق العامة .

وكانت المرافق العامة فى المرحلة الأولى من تاريخ حياة القانون الأدارى كلها تقريباً مرافق إدارية بحتة يمكن تعريفها بأنها « نشاط إدارى يعجز الأفراد والجماعات الخاصة عن القيام بمثله (أو لا يجدون مصلحة فى القيام بمثله) تقوم به سلطة إدارية مستخدمة فى إدارته ما تتمتع به بوصفها سلطة عامة من امتيازات ووسائل (حقوق السلطة وامتيازاتها) » .

ولهذا فقد كان القانون الأدارى فى تلك المرحلة هو حقاً قانون المرافق العامة أى القانون الذى يحكم المرافقة العامة (الأدارية) فى جميع أوجه نشاطها . وكانت المرافق العامة كذلك هى المعيار الذى يرجع اليه فى تحديد اختصاص القضاء الأدارى . وعلى أساس قضاء مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص أنشأ فريق من فقهاء القانون العام فى فرنسا وعلى رأسهم **Bonnard, Jèze, Duguit** نظرية المرافق العامة .

غير أنه مع تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية اتسع ميدان نشاط الدولة الادارى وبدأ تدخل الدولة فى الميدان الاقتصادى ، فأنشئت مرافق عامة صناعية وتجارية لم تعد تلائمها المبادئ والأحكام السابقة التى أنشأها القضاء لتحكم المرافق الادارية .

وتبع هذا التطور فى تحديد ميدان نشاط الدولة ، تطور آخر فى أحكام القضاء الادارى . فقضى مجلس الدولة فى بعض أحكامه بأن القانون الادارى لا يطبق بصفه مطلقة على كل الروابط والعلاقات المتعلقة بالمرافق الصناعية والتجارية ، ولكنه يطبق على جزء معين منها فقط ، ويطبق القانون الخاص على جزء آخر ، بمعنى أن هذه المرافق تخضع للقانونين العام والخاص معاً . وقضى كذلك بأن القضاء الادارى لا يختص بنظر كل المنازعات المتعلقة بالمرافق العامة ولكن القضاء العادى يختص ببعض هذه المنازعات .

وقد أحدث هذا التطور فى محيط الفقه الفرنسى أثراً مختلفاً بالنسبة لأنصار نظرية المرافق العامة وخصومها .

فأنصار نظرية المرافق بقوا على ولائهم لهذه النظرية وإن كان بعضهم قد عدل نظرته اليها وأنشأ نظرية معدلة للمرافق العامة تتفق والتطور الجديد فى أحكام القضاء . وعلى رأس هؤلاء فى فرنسا De Laubadère,Rolland ، وفى بلجيكا Buttgenbach

أما خصوم نظرية المرافق العامة فقد كان منهم أقلية على رأسها Hauriou أعلنت عداءها لنظرية المرافق العامة منذ بدء ظهورها ، وهؤلاء كانوا يرون من مبدأ الأمر أن أساس القانون الأدارى هو فكرة السلطة لا فكرة المرافق العامة .

ومنهم فريق آخر اتخذ من هذه الأحكام القضائية سنداً لمهاجمة فكرة المرافق العامة والدفاع عن فكرة السلطة فى صور مختلفة . ومن هذا الفريق الأخير من اكتفى بهدم فكرة المرافق العامة كأساس للقانون الأدارى دون أن يحاول اقامة أساس جديد مكانها .

ونتكلم فيما يلى عن فكرة المرافق العامة وتطورها ثم عن فكرة السلطة فى صورها المختلفة .

(أولا) نظرية المرافق العامة :

مؤسسو هذه النظرية فى فرنسا ثلاثة من أعلام فقه القانون العام هناك ، وهم Bonnard, Jèze, Duguit . وتلخص نظرية Duguit فى قوله بأن الدولة ليست شخصاً يتمتع بالسيادة والسلطان لها إرادة ذاتية أعلى من إرادة الأفراد ، ولكنها مجموعة مرافق عامة تعمل لخدمة المجتمع وتوفير المقومات لحياة اجتماعية سليمة . والقانون لا يستمد قوته الملزمة من سلطان الدولة وإرادتها العليا ، ولكنه يستمدها من طبيعة القاعدة القانونية ذاتها وموافقتها لحاجات المجتمع أى لحاجات المرافق العامة (١) .

والقانون الادارى وفقاً لهذه النظرية هو قانون المرافق العامة يستمد قوته الالزامية من موافقته لحاجات المرافق العامة وصلاحيته لتحقيق أغراض المرافق العامة وضمان سيرها بانتظام واطراد فى خدمة المجتمع وتوفير المقومات لحياة اجتماعية سليمة .

فهو ينشأ لتحقيق أغراض المرافق العامة ويستمد قوته الالزامية من موافقته لحاجات المرافق العامة ويتحدد نطاق تطبيقه بالرجوع للمرافق العامة . بمعنى أن السلطة العامة لا تملك أى حق من حقوق السلطة ولا يكون استخدامها لحقوقها وامتيازاتها مشروعاً خارج نطاق المرافق العامة وأغراضها .

فالموظف العمومى يكتسب هذه الصفة لأنه يعمل فى خدمة مرفق عام ولأن ضمان سير المرافق العامة يوجب انشاء قواعد مستقلة تسرى على الموظفين الذين يعملون فى خدمة المرافق العامة ، هذه القواعد المستقلة هى قواعد القانون الادارى .

والعقود الادارية تخضع لقواعد مستقلة تختلف عن قواعد العقود المقررة فى القانون المدنى لأن هذه العقود تتعلق بتنفيذ مرفق عام ولا يمكن ضمان سير هذه المرافق اذا أخضعنا مثل هذه العقود للقواعد المدنية .

---

(١) Duguit : Traité 3 em ed . T 1 . P 223

ومسئولية الأدارة عما يقع منها من أخطاء فى إدارتها للمرافق العامة لا تحكمها قواعد المسئولية المدنية وانما تخضع لقواعد مستقلة ، هى قواعد المسئولية الادارية . وهكذا بالنسبة لكل أوجه نشاط المرافق العامة [١] .

وكذلك يتحدد اختصاص القضاء الأدارى بالرجوع الى فكرة المرافق العامة فلا تكون محاكم القضاء الأدارى مختصة بنظر النزاع الا اذا كان متعلقاً بمرفق عام .

هذه هى نظرية المرافق العامة كما أنشأها مؤسسو مدرسة المرافق العامة [٢] ، وأهم ما يميز هذه النظرية أنها تفرض على سلطان الأدارة قيوداً خارجة عن إرادتها فى صورة المرافق العامة ، فلا يتاح لها أن تستخدم حقوقها وامتيازاتها كسلطة عامة إزاء الأفراد الا حيث يكون عملها متعلقاً بمرفق عام [٣] . وقد أقر مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص هذه النظرية فى مجموعة من أهم أحكام المبادئ التى أصدرها ، كان أولها الحكم الصادر فى قضية Blanco سنة ١٨٧٣ ، كما أنها نالت فى أول ظهورها تأييداً يشبه الاجماع من جانب الفقه [٤] وظلت محتفظة بهذا التأييد من جانب الفقه والقضاء زمناً غير قصير [٥] .

تطور نظرية المرافق العامة : الى سنة ١٩١٤ كانت المرافق العامة بوجه عام كلها مرافق إدارية وكان من السهل تعيين الحد الفاصل بين نطاق تطبيق القانون الأدارى ونطاق تطبيق القانون الخاص . وبين اختصاص القضاء العادى واختصاص القضاء الأدارى ، بالرجوع الى المرفق العام ، وفقاً لرأى أنصار مدرسة المرافق العامة .

---

(١) بمعنى أن أموالها تعتبر أموالا عامة وحساباتها حسابات عامة وهكذا .

(٢) Bonnard ' Jeze ' Duguit .

(٣) أنظر Buttgenbach : Théorie générale des Modes de gestion des services publics en Belgique 1952 p 4—9 .

(٤) De laubadere : Traité de droit administratif 1953 p 42 no 48

(٥) أنظر Vedel : Conseil d'etat etudes et documents 1954 P 22

غير أنه بعد سنة ١٩١٤ زاد عدد المرافق الصناعية والتجارية زيادة كبيرة وظهر منها أنواع تباشر نفس النشاط الذى يتولاه الأفراد ، وزاد اشتراك الأفراد فى أعمال النفع العام التى تقوم بها الحكومات (١) وظهرت المشروعات الخاصة ذات النفع العام، وأصبح القانون الخاص يطبق على المرافق الصناعية والتجارية ، كما منحت المشروعات الخاصة ذات النفع العام بعض امتيازات المرافق العامة (٢) . وكان من أثر هذا التطور بالنسبة لنظرية المرافق العامة أن المرافق العامة لم تعد وحدها معياراً كافياً لتعيين الحد الفاصل بين نطاق تطبيق القانون الأدارى ونطاق تطبيق القانون الخاص ، وبين اختصاص القضاء العادى واختصاص القضاء الأدارى، كما كان الحال قبلا (٣) . وبدا هذا الاتجاه واضحاً فى بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسى التى قضت فى المنازعات الخاصة بالعقود المتعلقة بالمرافق العامة الصناعية والتجارية بأن العقد لا يعتبر إدارياً إلا إذا تضمن شروطاً استثنائية تغاير الشروط التى تتضمنها عادة عقود القانون الخاص (٤) . واستند خصوم نظرية المرافق العامة الى هذه الأحكام للقول بانقضاء نظرية المرافق العامة (٥) .

غير أن جمهور الفقهاء يرون الى اليوم برغم هذا التطور ، أن نظرية المرافق لا تزال باقية كنظرية أساسية من نظريات القانون الأدارى (٦) ،

---

(١) عن طريق شركات الامتياز وشركات الأقتصاد المختلطة والنقابات المهنية .

(٢) De Laubadère المرجع السابق ص ٤٦ ، ٤٧

(٣) ظلت المرافق العامة الإدارية وحدها هى المعيار الذى يصلح وحده أساسا للقانون الإدارى أما غير المرافق الإدارية فلم تعد تصلح وحدها أساسا لتحديد نطاق تطبيق القانون الإدارى وتحديد اختصاص القضاء الإدارى .

(٤) Clauses exorbitantes du droit Commun أنظر الاشارة لهذه الأحكام فى مقال Vedel السابق الإشارة اليه (Conseil d'etat : etudes et documedts 1954 P 23) وكذلك فى مقال Waline السابق الإشارة اليه (Juris - Classeur administratif, Preface)

(٥) سوف نشرح بالتفصيل رأى هذا الفريق من الفقهاء ، فى الفقرة التالية

(٦) De Laubadère المرجع السابق ص ٥٦٢ فقرة ١٠٥٥ وأنظر أيضا =

ويرون كذلك أن وجود المرفق العام لا يزال شرطاً أساسياً لازماً لتطبيق أحكام القانون الادارى (١) وتقرير اختصاص القضاء الادارى . وكل ما أحدثه التطور الحديث فى مركز المرفق العام كمعيار لتطبيق أحكام القانون الادارى ينحصر فى أن وجود المرافق غير الادارية (الصناعية والتجارية والمهنية) لم يعد وحده كافياً للقول باخضاع الروابط القانونية التى تتعلق بنشاط هذه المرافق لسلطان القانون الادارى واخضاع النزاع الذى ينشأ عنها لسلطان القضاء الادارى . وقد أقر مجلس الدولة هذا الرأى فى بعض أحكامه (٢) .

= Ralland : Precis de droit administratif 1937 P 1 et 16; Waline : Manuel elementaire de droit administratif 1936 P 336 et la 6em ed P 306 ; Duez et Debeyre : Traite de droit administratif 1953 P. 536

بل أن الأستاذ Ralland يعتبر المرافق العامة أساس القانون الادارى وإن كان قد عمد الى تطوير نظرية المرافق العامة بحيث تلائم الظروف الجديدة . وهو يعرف القانون الإدارى طبعة سنة ١٩٣٧ بأنه « مجموع القواعد المتعلقة بتنظيم وسير المرافق العامة وتنظيم علاقة هذه المرافق بالأفراد » (Ralland : Precis de droit administratif P. 1)

(١) De Laubadére : Traite, P. 47

(٢) يلاحظ أن نفس الأحكام التى استند اليها خصوم نظرية المرافق العامة فى التدليل على انقضاء فكرة المرافق العامة كأساس للقانون الادارى تشير كلها بصراحة الى المرافق العامة وتقيم الحكم فى النزاع المعروض عليها على أساس المرافق العامة وإن كانت تشترط لتقرير اختصاص القضاء الادارى وتطبيق أحكام القانون الادارى توافر عنصر تكميلى آخر .

فى قضية Feray du Coudray التى عرض De Corail وقائعها والحكم الصادر فيها للتدليل على أن أساس القانون الادارى هو فكرة السلطة لا المرافق العامة ، يلاحظ أن الحكم الذى أصدره مجلس الدولة فى هذه القضية (10 Janvier 1949 R. 50) بنى صراحة على أساس المرافق العامة . فقد كان موضوع النزاع يدور حول مسئولية إحدى المنظمات المهنية للألبان Groupements Interprofessionnels Laitiers بسبب امتناعها عن اصدار بعض القرارات . قرر مجلس الدولة فى حكمه صراحة أن هذه المنظمات « مكلفة بالاشتراك فى تنفيذ مرفق عام ولهذا فإن القرارات التى يتعين عليها إصدارها فى حدود إختصاصها تعتبر قرارات إدارية » . وواضح من منطوق الحكم أن مجلس الدولة اتخذ الاشتراك فى تنفيذ مرفق عام أساساً بنى عليه حكمه باعتبار قرارات هذه المنظمات قرارات إدارية يختص بنظرها القضاء الادارى وتخضع لأحكام القانون الادارى . ومع ذلك فقد حاول De Corail فى تعليقه على هذا الحكم أن يقول أن هذه المنظمات تتمتع وفقاً لنصوص قانون إنشائها بإمتيازات السلطة وأنها تستخدم هذه الامتيازات فى مباشرة نشاطها وأن عنصر السلطة هذا هو الذى اتخذ أساساً لتطبيق القانون =

(ثانياً) نظرية السلطة[1] :

تقوم هذه النظرية على أساس أن الدولة تتمتع بحق السيادة والسلطان ، ولها تبعاً لذلك إرادة ذاتية أعلى من إرادة المحكومين ، ولا يخضع سلطانها لأى قيد الا ما تفرضه هى على نفسها بارادتها من قيود . والأدارة ، بوصفها سلطة عامة تتمتع بجزء من سلطان الدولة ، لايمكن أن تخضع لسلطان القانون العادى الذى ينظم الروابط والعلاقات بين الأفراد ، وانما يحكمها قانون آخر مستقل عن القانون العادى ، يحدد حقوقها وامتيازاتها واختصاصاتها . وهى وحدها بما لها من إرادة ذاتية عليا هى التى تنشئ قواعد هذا القانون .

وأخطر عيوب هذه النظرية فى صورتها الأصلية أنها تطلق يد السلطة العامة فى مباشرة نشاطها دون أن تفرض على سلطانها أى قيد خارج عن إرادتها ، فهى لا تقدم لنا معياراً يرجع اليه فى رسم حدود سلطة الادارة وامتيازاتها إزاء الأفراد ، اللهم الا ما تفرضه على نفسها من قيود[2] .

هذه هى فكرة السلطة التى يعتبرها فريق من فقهاء القانون العام الفرنسى [3] أساس القانون الادارى . غير أنه يلاحظ أن أنصار هذه النظرية

= الادارى وتقرير اختصاص القضاء الادارى(De Corail: La crise de la notion Juridique de service public 1954 P. 187) . كذلك استندت محكمة تنازع الاختصاص صراحة الى فكرة المرافق العامة فى حكمها الصادر فى قضية Comités (21 juillet 1949 R. 613) Centraux de ravitaillement حيث قررت بصدد بحث مسئولية هيئة التموين عن تلف مواد التموين التى تتولى نقلها ، تطبيق أحكام المسئولية الادارية واختصاص القضاء الادارى بنظر النزاع على أساس أن هيئة التموين المنسوب اليها الضرر تقوم بمهمة إدارية تتعلق بمرفق عام « mission administrative de service public » . ومع ذلك يقول De Corail فى التعليق على هذا الحكم أن عنصر السلطة الكامن فى هذا النشاط المرفقى والذى عبرت عنه المحكمة بقولها mission administrative هو أساس الحكم ويتجاهل كلية إشارة الحكم الصريحة الى المرفق العام (De Corail المرجع السابق ص ١٨٨) .

(١) La puissance publique

(٢) Auto - Limitation

(٣) من ابرز أنصار هذه النظرية فى فرنسا Rivero , Berthelemy ; Hauriou , Vedel

أنظر : Berthelemy : Traite elementaire de droit administratif onzieme ed 1926 ; Berthelemy et Rivero : Cing ans de reformes admimistratives, supplement a la 13em ed . du Troite 1938 ; Hauriou : Precis elementaire de droit administratif 3 eme ed · 1933 ; Vedel : Conseil d' etat : etudes et documents 1954 P 21 et suiv .

اختلفوا فى مجال التطبيق ، فى تصويرهم لها . فرسم لها كل منهم صورة عملية تخالف الصورة التى رسمها غيره .

فقبل أن تظهر نظرية المرافق العامة وتشغل مكانها المرموق الذى سبقت الأشارة اليه فى محيط الفقه والقضاء الفرنسيين ، كان أنصار نظرية السلطة يرون أن أعمال السلطة الأدارية نوعان : أعمال سلطة (١) وأعمال إدارة مدنية (٢) . وأن أعمال السلطة هى تلك التى تصدر فى صورة أوامر ونواهى Actes de commandement وهذه الأعمال وحدها هى التى تخضع للقانون الادارى ويدخل نظرها فى اختصاص القضاء الادارى . أما أعمال الادارة المدنية فهى الأعمال التى لا تأخذ صورة الأوامر والنواهى كالعقود . وهى لا تدخل فى نطاق القانون الأدارى ولا فى اختصاص القضاء الادارى وانما يحكمها القانون الخاص وتدخل المنازعات التى تنشأ عنها فى اختصاص محاكم القضاء العادى .

وعلى هذا يكون المرجع فى تحديد أساس القانون الادارى ونطاق تطبيقه فى نظر أصحاب هذا الرأى ، هو طبيعة العمل الذى تقوم به الأدارة . فاذا كان من أعمال السلطة كان القضاء الادارى هو المختص وكان القانون الأدارى هو الواجب التطبيق . أما اذا كان عملا من أعمال الأدارة المدنية فانه يخضع للقانون الخاص ولقضاء المحاكم العادية .

ويعتبر من أعمال السلطة على هذا الأساس الأوامر التى تصدرها سلطات البوليس لصيانة الأمن العام بعكس العقود التى تعقدها السلطة الادارية فانها تعتبر كلها من أعمال الادارة المدنية ولو كانت متعلقة بمشروعات تنفذها الادارة العامة بمقتضى ما لها من سلطة عامة . ولا يعتبر موظفاً عمومياً من عمال السلطة الادارية سوى أولئك الذين يكون لهم حق اصدار أوامر ونواهى ملزمة ، وهؤلاء وحدهم يعتبرون فى مركز قانونى أو لائحى

---

(١) Actes d'autorite

(٢) Actes de gestion

وفقاً لأحكام القانون الادارى . أما من عداهم فيعتبرون فى علاقتهم بالدولة فى مركز تعاقدى ويخضعون لأحكام القانون المدنى (١) .

وبعد ظهور المرافق الصناعية والتجارية وتغير نظرة القضاء الادارى إزاء نظرية المرافق العامة الكلاسيكية كما أوضحنا ذلك فيما تقدم عادت نظرية السلطة للظهور فى صورة جديدة وان تكن غير مقطوعة الصلة بصورتها الأصلية القديمة (٢) .

وخلاصة نظرية السلطة فى صورتها الجديدة أن أساس القانون الأدارى هو السلطة La puissance publique لا المرافق العامة ، وإن القانون الادارى لا يطبق الا حيث تستخدم الادارة الامتيازات المقررة للسلطة العامة (٣) أو حيث يوجد عمل أو تصرف يقوم على فكرة السلطة ، بمعنى أن طبيعة العمل ذاته ، وطبيعة الوسائل التى يستخدمها من قام بالعمل ، هى التى يرجع اليها فى تحديد نطاق تطبيق القانون الادارى واختصاص القضاء الادارى (٤) .

---

(١) Berthelemy : Traite elementaire de droit adminstratif onzieme edition 1926 P 56 et 57 et 1087 - 1088

لم يعمل بهذا الرأى إلا فترة قصيرة بدأ القضاء الإدارى بعدها يطبق نظرية المرافق العامة وبدأ جمهور الفقهاء ينتصرون لنظرية المرافق العامة كما سبق البيان .

(٢) يقول الأستاذ Waline عن نظرية السلطة فى صورتها الجديدة أنها

" Une tentative de rajeumissement d'une theorie longtemps dominante " (Waline : situation actuelle du droit adminstratif en France, Juris - Classenr adminstratif, Preface P. 6)

(٣) Waline : Juris - classeur adminıstratif Preface P. 6

(٤) " . . . c'est la nature du procede de droit utilisé, du comportement de l'auteur de l'acte, de loperation accomplie qui est a la base du regime administratif et partant de la Compétance de la Juridiction administrative " (De Corail : La Crise de la notion jurideque de service public en droit administratif francais, preface de M. Couzinet P 10).

ويؤخذ على نظرية السلطة فى هذه الصورة :

١ – انها تكاد تطلق يد السلطة الادارية فى مباشرة نشاطها وفى استخدام وسائل السلطة فى أداء وظائفها . فلا نكاد نتبين فى صورتها السابقة معياراً محدداً يرجع اليه فى تعرف مدى حق السلطة الأدارية فى استخدام حقوق السلطة إزاء الأفراد وفرض القيود على حرياتهم وحقوقهم .

٢ – إنها وإن كانت تصلح أساساً لتحديد نطاق تطبيق القانون الادارى واختصاص القضاء الادارى بالنسبة للقرارات الأدارية والأعمال التى تنطوى على مظهر السلطة واستخدام السلطة الا أنها لا تصلح لتحقيق هذه الغاية حيث يكون العمل المنسوب للسلطة الادارية خطأ أو أهمالا ، لأن الخطأ أو الاهمال عمل بطبيعته غير إرادى ولا يمكن تصور استخدام وسائل السلطة فيما يقع من أعضاء السلطة الادارية من أخطاء غير مقصودة . وعلى هذا فان تطبيق معيار السلطة يؤدى الى أن مسئولية السلطة الادارية عن خطأها تبقى دائماً وفى كل الأحوال خاضعة للقانون الخاص ولاختصاص القضاء العادى وهو ما يخالف حكم القانون الادارى الفرنسى فى هذا الشأن (١)

٣ – أنها لا تتفق وأحكام القضاء الادارى الفرنسى فى هذا الشأن . ذلك أن أحكاماً كثيرة لهذا القضاء لا تطبق فكرة السلطة ولا تستند اليها فى تحديد نطاق تطبيق القانون الادارى واختصاص القضاء الادارى (٢) .

---

(١) Waline : Juris - classeur administratif Preface P. 7 et 8 ; De Corall Préface P. 11 et 12

(٢) فى الحكم الصادر فى قضية Stein بتاريخ ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ قرر مجلس الدولة أن الدولة حين تدير مرفقاً صناعياً أو تجارياً توجد إزاء عملاء المرفق فى نفس المركز الذى يوجد فيه أى مقاول عادى اللهم إلا إذا وجدت شروط خاصة Clauses speciales أو ظروف خاصة متعلقة بسير المرفق Conditions particalieres de fonctionnement du service « تضفى على العقود الخاصة المبرمة بين الادارة والعملاء صفة العقود الادارية » . ويستفاد من منطوق هذا الحكم أن مجلس الدولة لا يستند فى إضفاء صفة العقد الادارى على العقود التى تعقدها المرافق الصناعية أو التجارية مع عملائها ، لا يستند المجلس فى ذلك الى فكرة السلطة .

وفى الحكم الصادر فى قضية Jacquin بتاريخ ١٤ مايو سنة ١٩٤٨ أقرت المحكمة إختصاص المحاكم العادية بنظر النزاع على أساس أنه ليس فى ظروف عمل المرفق فيما يتعلق بالألعاب النارية التى يتولى تنفيذها ما يجعل هذه العملية مختلفة عن مثلها مما يتولاه الأفراد .

ومعنى هذا أن المحكمة لم تستند فى تعيين المحكمة المختصة بنظر النزاع الى فكرة السلطة وإنما إكتفت بالاستناد إلى قيام تشابه قام بين العملية التى قام بها المرفق ومثلها مما يقوم به الأفراد (أنظر Waline المرجع السابق ص ٧ ، ٨) .

ويبدو لمن يتأمل فيما كتبه Hauriou بصدد تحديد أساس القانون الأدارى أنه وان كان يؤيد فكرة السلطة كأساس للقانون الأدارى (١) ، الا أنه لا يطلق يد السلطة العامة فى استخدام حقوق السلطة وامتيازاتها ازاء الأفراد ، ولا يكتفى بما تفرضه هذه السلطة على نفسها من قيود بمحض إرادتها ، ولكنه يرى أن القيود المفروضة على حقوق السلطة العامة لم تعد قيوداً خاضعة لأرادتها وحدها أى لم تعد مجرد قيود إرادية اختيارية ولكنها تحولت بارادة هذه السلطة الى قيود موضوعية فأصبحت بذلك نظاماً مفروضاً على السلطة العامة . وهذا النظام المفروض هو نظام المرافق العامة (٢) .

ويكاد رأى هوريو يتفق مع رأى أنصار نظرية المرافق العامة فيما تتعلق بالقيود المفروضة على حق الادارة فى استخدام حقوق السلطة إزاء الأفراد . فهذه القيود تتركز فى الحالتين فى المرافق العامة . وينحصر الفرق بين الرأيين فى أن أنصار نظرية المرافق العامة يقولون أن هذه القيود تستمد قوتها الالزامية من طبيعة القاعدة القانونية ذاتها التى تستمد قوتها بدورها من المرافق العامة ، بينما يرى هوريو أن السلطة العامة هى التى قبلت بارادتها تقييد سلطتها بهذا القيد وأن هذا القيد تحول بارادتها من قيد اختيارى الى قيد موضوعى ملزم . والفارق بين الرأيين كما يبدو ليس سوى فارق نظرى ليس له أى أثر قانونى طالما أن هوريو يسلم فى النهاية بأن فكرة المرافق العامة تفرض سلطانها على الادارة العامة كقيد موضوعى وأن هذا القيد لم يعد يستند الى إرادة ذاتية حرة للسلطة الأدارية .

---

(١) يرى Hauriou أن القانون الادارى هو قانون السلطة العامة
Uu droit de puissance publique
وهو يعرف هذا القانون بأنه القانون الذى ينظم النشاط القانونى والفنى للادارات العامة Administrations publiques بما فى ذلك استخدام الإمتيازات المقررة لها (Precis elementaire de droit adm 3em et 1933 Preface et P. 12

(٢) " Ainsi si le regime administratif repose essentiellement sur le pouvoir, il faut reconnaitre que le pouvoir s'est institué C. a d. encadre dans une organisation soumise a une idee, Cette idee est celle d'un service a rendre au public ou du service public . . .
وأنظر أيضا فى شرح هذا الرأى
(Buttgenbach : Théorie generale des modes de gestion des services publics en Belgique 1952 P. 7 et suiv) .

ويبدو كذلك أن الفقيه Vedel وهو أيضاً من أنصار نظرية السلطة ومن خصوم نظرية المرافق العامة لا يأخذ بنظرية السلطة على إطلاقها .

فهو يرى أن نشاط السلطة التنفيذية هو وحده الذى يمكن أن يخضع لأحكام القانون الادارى ولاختصاص القضاء الأدارى . وأن رسالة هذه السلطة (السلطة التنفيذية) تشمل طبقاً لنص المادة ٤٧ من الدستور (الفرنسى) صيانة النظام العام بواسطة البوليس وسد الحاجات العامة للمجتمع عن طريق المرافق العامة . وعلى هذا فلا محل فى نظره لتطبيق القانون الادارى وتقرير اختصاص القضاء الادارى الا حيث يوجد نشاط يتعلق بتنفيذ رسالة السلطة التنفيذية . والسلطة التنفيذية تعمل أصلا بمقتضى مالها من حق السيادة الذى يخولها امتيازات خاصة إزاء الأفراد . وعلى هذا فان نشاط السلطة التنفيذية الذى يخضع للقانون الادارى ولاختصاص القضاء الادارى ، هو النشاط الذى تستخدم السلطة التنفيذية فى مباشرته ما تتمتع به من امتيازات خاصة هى امتيازات السلطة العامة . والنشاط المتعلق بصيانة النظام العام هو بطبيعته من هذا النوع . أما النشاط المتعلق بالمرافق العامة فان لا يكون دائماً كذلك نظراً لأنه يوجد فى الوقت الحاضر مرافق تدار وفقاً لأساليب القانون الخاص . ولهذا فانه لا يخضع من هذا النشاط للقانون الأدارى الا ما تستخدم السلطة التنفيذية فى مباشرة حقوق السلطة وامتيازاتها .

وهذه خلاصة رأى Vedel كما حددها هو فى مقال نشره سنة ١٩٥٤ فى مجلة مجلس الدولة الفرنسى (١) .

واذا لاحظنا أن صيانة النظام العام هو فى حقيقته مرفق عام ، فانه يمكن القول بأن Vedel يشترط لخضوع النشاط الذى تقوم به السلطة الادارية ، للقانون الادارى ، كما يشترط لتقرير اختصاص القضاء الادارى شرطان :

الأول : أن يكون هذا النشاط متعلقاً بمرفق عام .

والثانى : أن تستخدم السلطة التنفيذية فى مباشرته حقها فى السيادة .

---

(١) Les bases constitutionnelles du droit administratif, coseil d'état : Etudes et docunents 1954 P. 21 et suiv.

ويفهم من هذا أن Vedel يعتبر المرافق العامة عنصراً أساسياً فى تكوين القانون الأدارى (١) .

(ثالثا) رأى الفقيه Waline فى تحديد أساس القانون الادارى :

يرى Waline أن المرافق العامة لا تصلح أساساً للقانون الادارى نظراً لغموض فكرتها وعدم وجود تعريف قانونى محدد لها ، وعدم إمكان الاستناد اليها فى تحديد نطاق القانون الادارى تحديداً دقيقاً بسبب خضوع المرافق الصناعية والتجارية للقانون الخاص .

وهو يرى الاستعاضة عن فكرة المرافق العامة كأساس للقانون الادارى بفكرة المنفعة العامة l'idee d'utilité publique

ويقول فى تأييد وجهة نظره أن الادارة حين تستخدم حقوق السلطة وحين تقرر إدارة مرفق عام وفقاً لأحكام القانون الادارى انما تفعل ذلك لتحقيق مصلحة عامة .

فتطبيق القانون الادارى على المرافق الادارية دون المرافق الصناعية والتجارية يتقرر وفقاً لما تمليه فكرة المنفعة العامة وحاجة النوع الأول من المرافق دون الثانى لقواعد القانون الادارى .

وكذلك الحال بالنسبة لتطبيق القانون الادارى على العقود التى تبرمها الادارة فانه انما يتقرر وفقاً لما تقتضيه فكرة المنفعة العامة (٢) .

وأهم ما يلاحظ على رأى Waline أنه لا يقدم معياراً محدداً ، لأن فكرة المنفعة العامة لا تحمل معنى محددا تستقل به وهى إن صلحت عنصراً يدخل

---

(١) يعترف Vedel فى خلال مقاله صراحة فى أكثر من موضع بأهمية المرافق العامة فى القانون الادارى ، فهو يقرر صراحة فى مقاله المذكور ما يلى :
"Ainsi le service public demeure une notion essentielle du droit Administratif."
(المرجع السابق ص ٤١) .

(٢) Juris classeur administratif المرجع السابق المقدمة ص ٤ وما بعدها .

فى تكوين فكرة المرافق العامة أو فكرة السلطة العامة فانها لا تصلح معياراً مستقلا يرجع اليه فى تحديد نطاق تطبيق القانون الادارى واختصاص القضاء الادارى .

(رابعا) رأى Chenot

تمهيد : قلنا فى أكثر من موضع فيما تقدم أنه فى الوقت الذى كان فيه نشاط الدولة محصوراً فى النطاق الادارى البحت ، وهو الوقت الذى سادت فيه النظرية الكلاسيكية للمرافق العامة ، كانت المرافق العامة كلها مرافق من نوع واحد يتكون من عناصر متجانسة كلها تدخل فى دائرة القانون العام. هذه العناصر هى على التحديد ١ــ شخص إدارى (من أشخاص القانون العام) ، ٢ــ يباشر نشاطاً عاماً (هدفه النفع العام) ، ٣ــ وفقاً لأحكام القانون العام .

وعلى هذا الأساس كان هناك توافق تام بين المرافق العامة والقانون الادارى بمعنى أن المرافق العامة كانت تخضع فى كل عناصرها للقانون الادارى . فالهيئة التى تدير النشاط هيئة عامة تخضع للقانون الادارى ، والنشاط الذى تديره نشاط عام (نفع عام) يخضع للقانون الادارى . ولهذا لم يكن القضاء ولا الفقه يعنى بالتفرقة بين الهيئة التى تدير النشاط وبين النشاط ذاته فكلاهما مرفق عام يخضع لأحكام القانون الادارى .

غير أنه مع تطور الظروف الاقتصادية ومع حلول نظريات الاقتصاد الموجه محل نظريات الاقتصاد الحر ، بدأت الدولة تتدخل فى الميدان الاقتصادى وتنشىء هيئات جديدة تدير نشاطاً من نوع جديد ، نشاطا تجاريا وصناعيا من نفس نوع النشاط الذى يتولاه الأفراد . ومع هذا التطور بدأت بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسى [1] تفرق بين الهيئة التى تدير

---

(١) من أحكام هذا النوع التى أثارت أعنف وأشد نقاش عرف بين فقهاء القانون العام فى فرنسا الحكم الصادر فى قضية Monpeurt بتاريخ ٣١ يوليه سنة ١٩٤٢ (D. C. 1942, 138) والحكم الصادر فى قضية Bouguen بتاريخ ٢ ابريل سنة ١٩٤٣ (S. 1944. 3. 1) .

قرر مجلس الدولة فى الحكم الأول أن لجان التنظيم Comités d'organisation التى أنشأها =

النشاط وبين النشاط ذاته ، وقرر المجلس فى بعض أحكامه اعتبار بعض أنواع النشاط الاقتصادى الذى تتولاه الهيئات الجديدة التى أنشأتها الدولة مرافق عامة دون أن يتعرض للهيئة التى تدير هذا النشاط بأى اشارة فلم يقرر ما اذا كان يعتبر هذه الهيئة مؤسسة عامة أى شخصاً ادارياً يدير مرفقاً عاماً وفقاً للتعريف التقليدى للمؤسسات العامة أو شخصاً من أشخاص القانون الخاص أو شخصاً إدارياً من نوع جديد . وفرق بين أعمال الهيئات التى تدير هذا النشاط فأخضع بعضها للقانون الادارى ، والبعض الآخر للقانون الخاص.

واختلف الفقه الفرنسى فى تقديره لهذه الأحكام اختلافاً كبيراً . فانتقد البعض (١) انكار صفة المؤسسة العامة بالنسبة للهيئات التى تدير مرافق عامة وتتمع فى مباشرة نشاطها بامتيازات السلطة العامة ، ورأوا اعتبارها مؤسسات عامة صناعية وتجارية تخضع للقانونين العام والخاص معاً ، ورأى البعض اعتبار هذه الهيئات التى تدير مرافق عامة مؤسسات خاصة ، واعتبرها فريق ثالث أشخاصاً إدارية من نوع جديد (٢) .

رأى Chenot : أما Chenot فوقف إزاء هذه الأحكام موقفاً متطرفاً أثار نقد معظم فقهاء القانون العام الفرنسى (٣) . فقد أغفل الاشارة الصريحة الى المرافق العامة التى وردت فى كثير من هذه الأحكام ، وخرج من دراستها برأى شخصى خلاصته أن القضاء الادارى لم يعد يهتم بالنظريات القانونية ، وهو لا يعنيه أن يؤسس أحكامه على نظرية قانونية معروفة أو نظام قانونى معين ، ولكنه تحرر فى اتجاهاته الحديثة من سلطان النظريات القانونية ،

= القانون لحصر المواد اللازمة للصناعات والاشراف على توزيعها تحت إشراف الوزير المختص، قرر المجلس أن هذه اللجان تدير مرفقاً عاماً هو مرفق التوجيه الاقتصادى دون أن تحدد صفة هذه اللجان .

وقرر فى الحكم الثانى أن نقابة الأطباء تدير مرفقاً عاماً دون أن يحدد صفة النقابة ذاتها .

وهو فى كلا الحكمين اعتبر النشاط فى ذاته مرفقاً عاماً واغفل تحديد طبيعة المنظمة التى تدير النشاط .

(١) Drago : Les crises de la notion d' etablissements publies 1950 p 100 :

(٢) أنظر فى كل ذلك De Corail المرجع السابق ص ١٥٣ وما بعدها .

(٣) De Corail p. 167, Waline : Juris - clesseur administratif Preface

فهو ينظر لكل عمل على حدة دون نظر للهيئة التى صدر عنها ، ويقضى فى كل حالة إما بتطبيق القانون الخاص أو تطبيق القانون العام وفقاً لطبيعة العمل ذاته وبالرجوع للظروف المحيطة به .

ورتب Chenot على ما تقدم نتيجة أخرى هى أن القضاء الادارى فى نظره لا يؤسس أحكامه على نظرية المرافق العامة ، ولكنه ينظر الى طبيعة العمل ذاته بصرف النظر عن صلته بالمرفق العام ، وأن المرفق العام لم يعد هيئة organisation أو مشروعا entreprise أو نشاطاً من نوع خاص يرجع اليه القضاء فى تحديد نطاق القانون الادارى ، ولكنه أصبح مجرد نظام قانونى regime de droit يطبقه القاضى فى الحالات التى يرى فيها أن العمل محل النزاع هو حسب طبيعته وظروفه من نوع الأعمال التى يحكمها القانون العام (١) .

وقد قوبلت آراء Chenot باعتراض ونقد شديدين من معظم فقهاء القانون العام فى فرنسا . فقيل فى نقدها :

١ — أنها تتعارض مع الحقيقة التى تؤيدها أحكام مجلس الدولة الفرنسى . فلا يزال مجلس الدولة يعترف بوجود المرافق العامة ويستند اليها فى قضائه (٢) .

٢ — أنها لا تتضمن أى تحديد للعناصر التى يمكن الرجوع اليها فى تحديد طبيعة العمل موضوع النزاع وما إذا كان يخضع للقانون العام أو للقانون الخاص (٣) .

٣ — ان إطلاق الحرية للقاضى فى أن يحكم فى كل ما يعرض عليه من منازعات وفقاً لظروف كل حالة على حدة دون التقيد بالنظريات والمبادئ القانونية يجعل القضاء قضاء تحكمياً خاضعاً لمحض رأى القاضى وإرادته ويحرم المتقاضين من أهم ضمانات القضاء (٤) .

---

(١) " Le service public n'est plus une institution, c'est un régime, c'est l'application des regles du droit public a certains actes ... "
V. chenot : La notion de service public dans la Jurisprudence economique du conseil d'etat (Conseil d'etat, etudes et documents 1950 P. 77 et suiv)

(٢) و (٣) De Corail P. 168 — 169

(٤) Waline المرجع السابق ص ١٤

- ٢ -

أساس القانون الادارى ونطاق تطبيقه فى مصر

على أى أساس يمكن إقامة بناء القانون الادارى المصرى وما المعيار الذى يمكن الرجوع اليه لتحديد نطاق تطبيق هذا القانون (١) ؟

أثار البحث فى تحديد أساس القانون الأدارى ونطاق تطبيقه فى فرنسا نقاشاً فقهياً حاداً عرضنا صورته كاملة فيما تقدم . والمعروف أن القانون الادارى المصرى كالقانون الادارى الفرنسى هو قانون غير مقنن . وفى مصر كما هو الحال فى فرنسا لا توجد نصوص تحدد بصفة قاطعة الأساس الذى يشاد عليه بناء هذا القانون أو تحدد نطاق تطبيقه .

فالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن تنظيم مجلس الدولة وهو أهم التشريعات الادارية فى مصر نص صراحة على اختصاص محاكم القسم القضائى بمجلس الدولة بنظر طلبات الغاء القرارات الأدارية سواء أكانت صادرة فى شأن الموظفين العموميين أو فى شأن الأفراد . كما نص على اختصاص هذه المحاكم بنظر المنازعات الخاصة بمرتبات ومعاشات ومكافآت الموظفين العموميين أو لورثتهم ، والمنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأى عقد إدارى آخر (م م ٨ و ١٠) .

لكن المشرع لم يعن فى هذا القانون بتحديد المعيار الذى يرجع اليه فى تعريف الموظف العمومى والقرار الادارى والعقد الادارى ، وهذا معناه أن قانون مجلس الدولة أغفل تعيين أساس القانون الادارى فى مصر .

---

(١) نود ان ننبه بصفة خاصة الى ان البحث فى هذا الموضوع ما كان ليثار مطلقا لو أن القانون الادارى كان مقننا لان النصوص التشريعية كانت تتكفل فى هذه الحالة بتقرير المبادئ العامة لهذا القانون وتحديد نطاق تطبيقه .

حقيقة يلاحظ أن بعض التشريعات المصرية الحديثة أشارت فى نصوص صريحة الى المرافق العامة (١) ، وأورد المشرع فى هذه النصوص بعض مبادئ وأحكام القانون الأدارى المتعلقة بالمرافق العامة (٢) ، كما أن المذكرة الأيضاحية لقانون مجلس الدولة الحالى (رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥) والمذكرات الأيضاحية لبعض التشريعات الأخرى ، أشارت صراحة الى المرافق العامة ولمبادئ القانون الأدارى التى تحكمها (٣) .

ولا شك أن ما ورد فى نصوص هذه التشريعات ومذكراتها الأيضاحية يدل على أن المشرع المصرى أقام المبادئ التى تضمنتها بعض هذه التشريعات على أساس فكرة المرافق العامة . لكنه لا يصلح دليلا قاطعاً على أن المشرع المصرى أراد أن يقيم بناء القانون الأدارى كله على أساس فكرة المرافق العامة أو أنه أراد أن تكون المرافق العامة هى المعيار الوحيد الذى يرجع اليه فى تحديد نطاق تطبيق القانون الأدارى فى مصر . بل أنه يبدو من مراجعة نصوص بعض التشريعات المصرية أو مذكراتها الأيضاحية ، أن فكرة المرافق العامة ذاتها لا تزال محوطة بشئ من الغموض يجعل من المتعذر على الباحث أن يستخلص من نصوص هذه التشريعات معنى محدداً واضحاً للمرفق العام . ففى قانون بلدية القاهرة مثلا (معدلا بالقانون رقم ٢٧٨ لسنة ١٩٥٤) حددت المادة ٢٠ اختصاصات المجلس البلدى كما يلى :

(١) أنظر القانون رقم ٢٢١ لسنة ١٩٥٦ بتعديل قانون إنشاء مجلس بلدى القاهرة والقانون رقم ٢٨٨ لسنة ١٩٥٦ فى شأن تعديل شروط استغلال المرافق العامة فى دوائر اختصاص وزارة الشئون البلدية والقروية والمجالس البلدية . والقانون رقم ٢٩٤ لسنة ١٩٥٦ بالإذن لوزير الحربية فى منح حق استغلال مرفق صيد الإسفنج بالمنطقة الغربية من المياه الإقليمية . والقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٥٠ فى شأن النقل العام للركاب بالسيارات .

(٢) أنظر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ باضافة مادة جديدة الى القانون السابق .

(٣) أنظر بصفة خاصة المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ السابق الإشارة اليه .

يختص المجلس بالاشراف على تنفيذ قانونه ولائحته الداخلية ... الخ .
كما يختص باصدار القرارات فى المسائل الآتية :

(أولا)

١ — عمليات المياه والانارة والمجارى وشئون النظافة العامة ووسائل المواصلات .

٢ — إنشاء الشوارع والميادين والقناطر والمنتزهات العامة أو إغلاقها أو حفظها ... الخ .

٣ — الأسواق العامة والمذابح والحمامات والمغاسل العامة .

٤ — الجبانات .

٥ — دور التمثيل والسينما والملاهى وغيرها من المحال العمومية .

٦ — الاعلانات على اختلاف أنواعها .

٧ — كل ما يتعلق بالمطافى وجميع الاجراءات الخاصة بالوقاية من الحريق .

٨ — الشئون الصحية العامة للمدينة .

٩ — كل ما يتعلق بالمرافق العامة .

والواضح أن معظم المسائل التى وردت فى الفقرات من (١) الى (٨) هى مرافق عامة وفقاً لما استقر على رأى الفقه والقضاء . ومع ذلك فقد نص المشرع فى فقرة خاصة هى الفقرة (٩) على المرافق العامة . وقد يوهم هذا الوضع بأن المشرع يعتبر المسائل التى وردت فى الفقرات السابقة على الفقرة (٩) مختلفة فى نوعها وطبيعتها عن المسائل التى أشار اليها فى الفقرة (٩) أى أنه لا يعتبرها مرافق عامة [1] .

---

(١) تكرر النص بنفس الصيغة ونفس الوضع فى قانون بلدية الاسكندرية معد لا بالقانون ٢٧٩ لسنة ١٩٥٤

واستعمل المشرع الدستورى اصطلاح « المرافق العامة » فى المادة ٩٨ من دستور جمهورية مصر ، وتكلم فى المادة ١٣٧ عن حق رئيس الجمهورية فى إصدار القرارات اللازمة لترتيب « المصالح العامة » ، مما قد يثير الشك فى حقيقة المقصود من الاصطلاحين .

وبالنسبة للقضاء الادارى فى مصر ، يلاحظ أن محكمة القضاء الادارى قررت فى بعض أحكامها أن الموظف العمومى هو من يعهد اليه بعمل دائم فى خدمة مرفق عام [1] وأن المؤسسات العامة أشخاص ادارية تقوم على إدارة مرفق عام أو مرافق عامة معينة محددة [2] ، وأن طبيعة القرار الادارى تحدد بالرجوع الى المعيار الشكلى أى بالرجوع الى السلطة التى أصدرت القرار [3] وأن النقابات ومنها نقابة المهن الهندسية وان لم تدخل فى نطاق المؤسسات العامة الا أنها تعتبر من أشخاص القانون العام ، ويترتب على ذلك أن قراراتها تعتبر قرارات إدارية مما يجوز الطعن فيها بدعاوى الالغاء أمام القضاء الادارى [4] . وقضت المحكمة الادارية العليا برفض طلب وقف تنفيذ قرار إدارى على أساس أن اجابة هذا الطلب يترتب عليه تعطيل سير مرفق عام [5].

---

(١) حكم محكمة القضاء الادارى بجلسة ٨ مارس سنة ١٩٥٣ (مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الادارى س ٧ ص ٦١١) .

(٢) حكم محكمة القضاء الادارى بجلسة ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ (مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الادارى س ٦ ص ٥٣٤ والأحكام الأخرى العديدة التى أصدرتها نفس الدائرة بنفس المعنى) .

(٣) حكم محكمة القضاء الادارى بجلسة ٣٠ يونية سنة ١٩٥٣ (مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الادارى س ٧ ص ١٨٢٥ وحكمها الصادر فى ٧ فبراير سنة ١٩٥٧ « مجموعة س ١١ ص ٢٠٣) .

(٤) حكم محكمة القضاء الادارى بجلسة ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٠ (مجلة المحاماة س ٣٣ ع ٧ ص ١٠١٥) ويبدو أن المحكمة تأثرت فى هذا الحكم بقضاء مجلس الدولة الفرنسى السابق الإشارة اليه فى قضيتى Monpeurt ، Bouguen فجارت هذا بقضاء فى إنكار صفة المؤسسة العامة على نقابة المهن الهندسية وإن كانت خالفت الأحكام الفرنسية فى الاعتراف لها صراحة بصفة الشخص الادارى بعكس الحال فى فرنسا كما سبق البيان .

(٥) حكم صادر بجلسة ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٥ (مجموعة المبادئ القانونية التى أصدرتها المحكمة الإدارية العليا س ١ ع ١ ص ٦٤) =

ومع ذلك فانه لا يستفاد من مجموع الأحكام التى أصدرها قضاؤنا الادارى الى اليوم ، أنه قطع برأى فى تحديد أساس القانون الادارى ونطاق تطبيقه . ولا يزال واجب الفقه يقتضيه أن يبذل مزيداً من الجهد فى سبيل تحديد الأساس الذى يتعين أن يشاد عليه بناء القانون الادارى .

– ٣ –

رأينا فى تحديد أساس القانون الادارى ونطاق تطبيقه فى مصر

لقد أخذت مصر بالنظام الادارى الفرنسى ، فأنشأت قضاءاً إدارياً مستقلا على غرار القضاء الأدارى الفرنسى ، وتكون فيها قانون إدارى مستقل على غرار القانون الأدارى الفرنسى . وتردد الفقه الفرنسى فى معرض تحديد أساس القانون الأدارى الفرنسى ونطاق تطبيقه بين معيارين سبقت الأشارة اليهما والى ما دار حولهما من نقاش وهما فكرة السلطة وفكرة المرافق العامة . فهل يمكن الأخذ بأحد هذين المعيارين فى مصر ؟ .

إن الاستناد الى فكرة السلطة وحدها فى بناء القانون الادارى وتحديد نطاق تطبيقه يؤدى الى إطلاق يد السلطة الأدارية فى التدخل فى شئون الأفراد وفرض القيود على حقوقهم وحرياتهم دون أن تكون هناك قيود مفروضة عليها لضمان حقوق الأفراد وحرياتهم ، وهذا يخالف أحكام الدستور المصرى . فقد كفل دستور جمهورية مصر حقوق الأفراد وحرياتهم وحرم المساس بها الا فى حدود القانون (١) .

= ويتلخص موضوع القضية التى صدر فيها الحكم فيما يلى :

طلب المدعى وقف تنفيذ القرار الصادر بنزع ملكية أرض مملوكة له لإقامة مستشفى عليها وأثناء نظر الدعوى استبان للمحكمة أن الاستيلاء على الأرض قد تم بمعرفة الادارة وشرع فعلا فى اقامة المستشفى عليها . تمسك المدعى بأن الأرض كانت خالية وقت تقديم طلب وقف التنفيذ . قررت المحكمة رفض طلب وقف التنفيذ وقالت فى تبرير حكمها " ... مهما يكن من أمر فى قيمة هذا الادعاء (بأن الأرض كانت خالية عند تقديم الطلب) عند نظر أصل الموضوع فإن المصلحة العامة والمصلحة الفردية لا تتوازيان فى مجال الروابط القانونية التى تنشأ بين الادارة والافراد بل يجب أن تعلو المصلحة العامة فى مثل هذا الأمر الذى يتعلق بتسيير مرفق عام " .

(١) راجع مواد الباب الثالث من الدستور فى تحديد "الحقوق والواجبات العامة" .

وطبقاً لنصوص الدستور لا يجوز للسلطة الادارية أن تتخذ إجراءاً ماساً بحريات الأفراد وحقوقهم الا فى حدود القانون .

وقد رأينا كيف عالج الفقيه Hauriou فى فرنسا هذا العيب ، فانه مع انتصاره لفكرة السلطة كأساس للقانون الأدارى يرى أن السلطة الأدارية مقيدة فى مباشرة نشاطها بقيد موضوعى هو المرافق العامة (١) .

ومع ذلك فانه يبدو أن الرأى القائل بحق السلطة الادارية فى تقييد حقوق الأفراد وحرياتهم دون أن تكون سلطتها فى ذلك مقيدة بأى قيد طالما أنها تعمل فى سبيل أداء رسالتها العامة مستهدفة المصلحة العامة . يبدو أن هذا الرأى له أنصار فى مصر (٢) .

وعلى عكس هذا تبدو فكرة المرافق العامة أساساً صالحاً لبناء القانون الادارى وتحديد نطاق تطبيقه ، لأن المرافق العامة وفقاً لما استقر عليه رأى الفقه

---

(١) راجع فى عرض رأى Hauriou ماتقدم ص ١٣

(٢) نقرأ فى رسالة الدكتور محمد كامل سند ليله عن " النظرية العامة للتنفيذ المباشر فى القانون الادارى " ما يلى :

"وان الادارة تتمتع بجانب من السلطةالعامة وتستطيع استخدامها فى الوقت المناسب اذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضى ذلك ، ولا يصح الاعتراض على هذا التصرف من جانب الادارة بحجة أنها عندما تستخدم القوة من تلقاء نفسها تخالف بذلك القانون اذ المفروض ان الادارة جادة فى تصرفاتها فهى تحضر قراراتها بعناية وتفحص الموضوع بدقة بواسطة الخبراء والفنيين وتزن الأمور لتعيين مالها وما عليها وتتصرف بعد ذلك على ضوء بحثها وتحقيقها للموضوع كما يفعل القاضى تقريبا (ص ١٤٥) ويقول فى موضع آخر " ان تصرفات الادارة مقصود بها نفع عام فأن تعارض تحقيق النفع العام واصطدم بحرية فرد أو مجموعة افراد فلا غضاضة فى ذلك اذ أننا نقارن بين الأهم والمهم والصالح العام هو المقدم ..." (ص ١٤٧).

ويرى فريق كبير من فقهاء القانون العام فى مصر أن من حق السلطة الادارية أن تتخذ ما تراه لازماً من إجراءات البوليس ضد حريات الأفراد وحقوقهم ولو لم يوجد نص قانونى يخولها هذا الحق ،ويبررون رأيهم بأن المحافظة على النظام العام تدخل فى الاختصاصات الطبيعية لسلطة البوليس دون حاجة للنص عليها وان من حق هذه السلطة أن تعمل لصيانة النظام من تلقاء نفسها دون حاجة لنص خاص يخولها هذا الحق .

(أنظر رأى الدكتور السيد صبرى ، الدكتور حسن راشد جرانه ونقده فى دروس القانون الادارى للمؤلف طبعة سنة ١٩٤٦ ص ٣٤٦ وما بعدها) .

وأساس هذه الآراء نظرية السلطة التى سبق شرحها وعيبها ظاهر فى هذا التطبيق .

الحديث فى فرنسا وفى مصر هي مشروعات (١) تنشأ بقانون أو بناء على قانون لتحقيق أغراض النفع العام وتخضع فى إدارتها للرأى الأعلى للسلطة الحاكمة .

فاذا اتخذت المرافق العامة أساساً للقانون الأدارى فانه يترتب على هذا أن الأدارة لا يكون لها حق استخدام امتيازاتها المقررة فى القانون الأدارى الا اذا كان العمل الذى تقوم به متعلقاً بمرفق عام ومتفقاً مع حاجات المرافق العامة . فاذا اقتضت مصلحة المرفق أن تتدخل السلطة الأدارية فى نشاط الأفراد وأن تقيد حقوقهم لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، فان استخدامها لسلطتها فى هذا الشأن يكون متفقاً مع المبادئ الدستورية العامة ومع نصوص دستور جمهورية مصر بصفة خاصة ، لأن استخدام السلطة فى هذا الحالة يكون مستنداً الى القانون الذى أنشأ المرفق العام .

وقد أنشئت مبادئ القانون الأدارى المعروفة الآن فى فرنسا على أساس فكرة المرافق العامة ، وكان لمدرسة المرافق العامة هناك أكبر الفضل فى مقاومة نظرية السيادة المطلقة وتقييد حق السلطات العامة فى استخدام سلطتها ازاء الأفراد ، كما يعترف بذلك صراحة خصوم نظرية المرافق العامة أنفسهم (٢) .

غير أنه يلاحظ أن المرافق العامة لم تعد كلها فى الوقت الحاضر مرافق إدارية بحتة (٣) وأن المرافق الصناعية والتجارية تخضع باتفاق الفقه والقضاء فى الوقت الحاضر للقانونين العام والخاص معاً كل فى نطاق محدد .

---

(١) التعبير عن المرفق بأنه مشروع يشمل المنظمة التى تدير النشاط كما يشمل النشاط ذاته فالتعليم مثلا مرفق عام والمدارس والجامعات كذلك مرافق عامة وقولنا أن المرفق مشروع يحدد النشاط الذى يعتبر مرفقاً بأنه النشاط المنظم .

(أنظر كتاب المرافق العامة للمؤلف طبعة سنة ١٩٥٢ . وانظر أيضاً :
Buttgenbach : Théorie generale des modes de gestion des services publics en Belgique 1953 P. 27 et suiv.)

(٢) يقول الأستاذ Vedel

“... l’ecole du service public a efficacement combattu et dissipé les vieux fantomes de la souverainete illimitee, et de la transcendance absolue de la puissance publique ... ”

(Conseil d’ etat, Etudes et documeents 1954 P. 35 et 36)

(٣) المرافق الادارية تعتمد بطبيعتها على عنصر السلطة فى إدارتها ولهذا فإنها تخضع كقاعدة عامة للقانون الادارى فى جميع أوجه نشاطها .

ولهذا فان فكرة المرافق العامة لم تعد تصلح وحدها أساساً كافياً لانشاء مبادئ القانون الادارى وتحديد نطاق تطبيقه . لأن مصلحة المرافق العامة الصناعية والتجارية لا تستلزم فى كل الأحوال إنشاء قاعدة ادارية تحكمها . وقواعد القانون الخاص قد تكون أكثر ملاءمة لتحقيق أهداف هذه المرافق بالنسبة لبعض أوجه النشاط الذى تتولاه .

وعلى هذا فان وجود مرفق عام صناعى أو تجارى لا يستتبع حتما تطبيق مبادئ وقواعد القانون الادارى . بل أن الأمر يتطلب فى مثل هذه الحالات البحث عن معيار تكميلى يرجع اليه فى تحديد نطاق تطبيق كل من القانون الادارى والقانون الخاص فى دائرة نشاط المرافق الصناعية والتجارية . هذا المعيار التكميلى هو فى رأينا فكرة السلطة .

لكننا اذ نقرر الأخذ بمعيار السلطة فى هذا النطاق نحرص على أن ننبه الى أمرين :

الأول : أننا لا نوافق على ما ذهب اليه أنصار نظرية السلطة فى فرنسا فى تحديد هذا المعيار .

فهم يشترطون لتوافر عنصر السلطة ، أن تكون السلطة الادارية قد استخدمت فعلا فى مباشرة نشاطها وسيلة من وسائل القانون العام أى أن تكون قد اتخذت إجراءاً من الاجراءات التى تختص السلطة العامة وحدها باتخاذها أو أن تكون قد ضمنت العقد الذى تبرمه مع الأفراد شرطاً مغايراً للشروط المعروفة فى القانون الخاص [1] .

ونحن نرى على العكس أن يكفى لتوافر عنصر السلطة أن يتبين من نصوص القانون الذى أنشأ المرفق أن ارادة المشرع قد انصرفت الى إخضاع جزء محدد من نشاط المرفق للقانون الادارى سواء ظهرت هذه الارادة صريحة فى النصوص أو أمكن استخلاصها من مجموع النصوص .

---

(١) Clauses eparbitantè du droit Commun وتأخذ بهذا الرأى فى مصر محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٦/١٢/١٩٥٦ (مجموعة س ١١ ص٨٧ حكم رقم ٥٩)

ذلك لأن ظهور هذه الارادة معناه أن المشرع أراد أن يباشر هذا الجزء المحدد من نشاط المرفق بمقتضى ما تملكه الأدارة من امتيازات بوصفها سلطة عامة تتمتع بجزء من سلطان الدولة وسيادتها .

فاذا تعذر استخلاص إرادة المشرع من النصوص ، فانه يمكن الاستدلال على هذه الارادة بالرجوع للقرائن القانونية أولا ثم لارادة الهيئة التى يعهد اليها بادارة المرفق .

ويختلف مدلول القرائن القانونية بالنسبة للمرافق الادارية عنه بالنسبة للمرافق الصناعية والتجارية .

فالمرافق الادارية يفترض أصلا أنها تنشأ دائماً لتدار بوسائل القانون العام ويعتمد فى إدارتها على حقوق السلطة المقررة للادارة ، ويجوز استثناء أن تباشر الادارة عملا من الأعمال المتعلقة بهذه المرافق بنفس الوسائل التى يستخدمها الأفراد فى مشروعاتهم الخاصة وفقاً لأحكام القانون الخاص ، الا أنه فى هذه الحالة الاستثنائية لا يمكن اعتبار العمل مدنياً يخضع لأحكام القانون المدنى الا اذا ظهرت نية الادارة فى استخدام وسائل القانون الخاص واضحة جلية .

أما المرافق الصناعية والتجارية ، فالمفروض أنها تنشأ لتدار فى جزء من نشاطها على الأقل بوسائل القانون الخاص . فاذا لم تتبين نية المشرع بالنسبة لتحديد نطاق تطبيق القانونين الخاص والعام فى نشاط هذه المرافق ، فانه يفترض أنه أراد اطلاق الحرية للسلطة الادارية فى استخدام الوسائل التى تراها ملائمة لكل نوع من أنواع النشاط . فان تبين أن السلطة الادارية اعتمدت فى مباشرتها لعمل متعلق بنشاط هذه المرافق على حقوق السلطة كان العمل ادارياً وطبقت بالنسبة له أحكام القانون الأدارى[1] ، وإن تبين العكس أو لم يتبين قصد الأدارة أصلا طبقت أحكام القانون الخاص

---

(١) وطبيعى أن هذه النية تكون أكثر وضوحا فى حالة استخدام الادارة فعلا وسيلة من وسائل القانون العام أو اتخاذ اجراء مما لا يملك الأفراد اتخاذه أو اذا ضمنت العقد شرطا مغايرا للشروط المعروفة فى العقود المدنية .

على أساس أن المفروض أن المرافق الصناعية والتجارية تنشأ أصلا لتدار بوسائل القانون الخاص .

الثانى : اننا نطبق معيار السلطة هنا فى نطاق يختلف كل الاختلاف عن نطاق تطبيقه فى رأى أنصار نظرية السلطة فى الفقه الفرنسى .

فأنصار نظرية السلطة فى فرنسا يرون أن وجود عنصر السلطة فى أى عمل أو نشاط تقوم به الادارة يكفى وحده لكى يصبح النشاط خاضعاً لأحكام القانون الادارى . ومعنى هذا أن الادارة تملك حرية الاستفادة من الامتيازات التى يقررها القانون الادارى بارادتها وحدها . فاذا رأت أن تتخذ إجراء مقيداً لحقوق الأفراد وحرياتهم واستخدمت فى القيام به وسائل القانون العام ، فان هذا الاجراء يعتبر لذلك عملا ادارياً يخضع لأحكام القانون الأدارى ويتمتع بالحصانة المقررة فى القانون الادارى للأعمال الادارية دون أن تكون سلطة الادارة مقيدة فى كل ذلك بأى قيد سوى ما تفرضه هى على نفسها بارادتها من قيود .

ونحن نرى على العكس أن القانون الادارى لا يطبق الا حيث يوجد مرفق عام ولا تتمتع الادارة فى مباشرة نشاطها بالامتيازات التى يقررها القانون الادارى الا حيث يوجد مرفق عام . ونظراً لأنه قد أصبح من الجائز طبقاً لما استقر عليه رأى الفقه والقضاء فى الوقت الحاضر أن يطبق القانون الخاص مع القانون العام على بعض أنواع المرافق العامة . فقد رأينا الرجوع فى هذه الحالة الى معيار السلطة لتحديد نطاق تطبيق كل من القانونين العام والخاص بالنسبة لهذا النوع من المرافق . وواضح أن معيار السلطة يستخدم هنا كمعيار تكميلى للمعيار الآخر الأصلى وهو المرافق العامة .

ويستخلص من كل ما تقدم أن المرافق العامة يجب فى نظرنا أن تتخذ أساساً لانشاء مبادئ وأحكام القانون الادارى المصرى وتحديد نطاق تطبيقه . وأنه يجب أن يراعى فى إنشاء هذه المبادئ والأحكام أن تكون موافقة لأغراض المرافق العامة وحاجاتها . وأنه لا يجوز تطبيق مبادئ وأحكام القانون

الادارى المصرى الا حيث يوجد مرفق عام وإن كانت هذه المبادئ لا تطبق حتما بالنسبة لجميع أوجه النشاط المتعلقة بالمرافق العامة ، وانما تطبق فقط بالنسبة لما يباشر من هذا النشاط اعتماداً على فكرة السلطة .

وعلى هذا الأساس يمكن أن نعرف القانون الادارى المصرى بأنه القانون الذى يحكم النشاط الذى يتولاه شخص من أشخاص القانون العام فى نطاق المرافق العامة معتمداً فى مباشرته على ما يتمتع به من امتيازات بوصفه سلطة عامة تتمتع بجزء من سيادة الدولة وسلطانها .

التعليق على الأحكام

معيار التفرقة بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية

للدكتور على البارودى

مدرس القانون التجارى والبحرى بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية

[حكم محكمة النقض المدنية المصرية الصادر بتاريخ ١٩٥٦/٦/٢٨
والمنشور بمجلة المحاماة السنة السابعة والثلاثون ص ٨١٥]

لا ننوى أن نعلق على هذا الحكم الهام فى جميع المسائل التى تعرض لها، وانما نرى من الأوفق ، مراعاة لوحدة الموضوع ، أن نقصر التعليق على المبدأ الذى تبنته محكمة النقض بصدد المعيار المميز للوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية ، فقطعت بذلك برأى فى موضوع كان ولا يزال محل خلاف فى الفقه والقضاء . والحكم يتضمن ، عدا ذلك المبدأ ، عدة مبادئ قانونية أخرى خاصة بمسئولية الوكيل بالعمولة للنقل وحالات الاعفاء منها والرجوع عند تعدد الناقلين . وسوف نعرض لهذه المسائل بالتفصيل فى بحث قادم ان شاء الله .

لذلك لا يهمنا هنا أن نسرد وقائع القضية بكل تفصيلاتها ، وانما يكفينا أن نجتزئ من حيثيات محكمة النقض تلك الفقرات التى أعلن فيها الحكم المبدأ القانونى الذى يهمنا التعليق عليه :

(أولا) المبدأ القانونى :

« ... ومن حيث أن هذا الطعن مردود فى أوجهه الثلاثة بأن الوكالة بالعمولة تتميز عن الوكالة العادية بطبيعة الشئ محل الوكالة ، فاذا كان من عروض التجارة أو من البضائع أو الصكوك المتداولة اعتبرت وكالة بالعمولة ، ومن ثم تسرى عليها أحكام قانون التجارة بقطع النظر عن صفة الموكل الذى قد يكون العمل مدنياً أو تجارياً بالنسبة له ، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن أحمد داود أبو اسماعيل باع « برتقالا » الى معتوق

أحمد حسنين وتعهد بشحنه له من فلسطين الى ميناء جدة ترانسيت السويس ، وأن الأول قام بشحنه الى ميناء بور سعيد وكلف الطاعنين باستلامه فى ميناء بور سعيد واعادة شحنه الى ميناء جدة ، وقد قاما بذلك فعلا ، فوضوع الوكالة هو « بضاعة » وصفة الطاعنين فى هذا الأمر هو نقل هذه البضاعة فهما وكيلان بالعمولة فى النقل وضامنان طبقاً للمادة ٩١ من قانون التجارة لسرعة ارسال البضاعة على قدر الامكان الا فى حالة القوة القاهرة الثابتة قانوناً ، وضامنان أيضاً طبقاً للمادة ٩٢ من القانون المذكور اذا حصل تلف أو عدمت البضاعة ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك فى تذكرة النقل أو قوة قاهرة أو عيب ناشئ عن نفس الشئ أو ما لم يقع خطأ أو اهمال من المرسل » .

(ثانياً) التعليـــق :

اختلف الفقهاء فى وضع معيار يميز الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية ، وذهبوا فى ذلك ثلاث مذاهب (١) :

١ — فيرى البعض أن التفرقة يجب أن تستند الى طبيعة العملية التى عهد الى الوكيل بالعمولة بالقيام بها Nature de l'opération . فاذا كانت هذه العملية تجارية ، كانت وكالة بالعمولة ، والا فهى وكالة عادية . ولا أهمية فى هذه التفرقة بين ما اذا كان الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الشخصى أو باسم الموكل . والبعض يضيف الى ذلك شرط أن يكون الوكيل بالعمولة المتعاقد محترفاً ، وفى نظر هؤلاء لا يجوز اعتبار العقد « وكالة بالعمولة » الا اذا كان الذى أبرمه وكيلا بالعمولة محترفاً وكان موضوعه عملية تجارية (٢) .

(١) أنظر اسكارا «القانون التجارى»١٩٥٢ بند ١٠٦٨ ص ٧١٤ ؛ بروليار ولاروش «القانون التجارى ١٩٥٠ ص ١٧٢ ؛ يونكارير ولابورد لاكوت «القانون التجارى»١٩٥١ بند ١٠١٧ ص ٤٢٩ ، وريبير «القانون التجارى» ١٩٥٤ بند ٢٣٥٠ ص ٩٤٥ وأستاذنا الدكتور محسن شفيق الوسيط جزء ٢ ص ٧٦

(٢) أنظر ليون كان ورينو جزء ٣ رقم ٤١٤

ويعيب أنصار الآراء الأخرى على هذا الرأى أن بعض الوكلاء بالعمولة المحترفين يكلفون ببيع المحصولات الزراعية ، وهى عمليات مدنية ، ومع ذلك فلا يوجد ما يبرر التفرقة فى المعاملة بين هذا الوكيل وغيره من الذين يكلفون بعمليات تجارية ، وذلك اذا وضعنا فى الاعتبار طبيعة دور الوكيل بالعمولة ، وهو دور لا يتغير بالنسبة لكل هذه العمليات .

٢ — ويرى فريق آخر من الفقهاء أن المعيار الذى يمكن الاعتداد به فى هذه التفرقة هى طريقة تعاقد الوكيل . فاذا تعاقد الوكيل باسم ولحساب الموكل ، فهذه هى الوكالة العادية ، أما الوكالة بالعمولة ، فلابد من أن يتعاقد الوكيل فيها باسمه الشخصى[1] . ولا عبرة فى هذا الرأى بطبيعة العملية التى يقوم بها الوكيل . فاذا قام الوكيل بعملية تجارية باسم الموكل ولحسابه ، فهى وكالة عادية . أما اذا تعاقد الوكيل باسمه الشخصى لحساب الموكل فهى وكالة بالعمولة ولو كان موضوعها عملية مدنية . ولهذا الرأى سند قوى من النصوص والعرف . فهو يستند الى المادة ٨١ تجارى التى تعرف عقد الوكالة بالعمولة والى المادة ٨٣ تجارى التى تنص على أنه « اذا عقد الوكيل بالعمولة عقداً باسم موكله بناء على اذن منه بذلك فلكل من الموكل والمعقود معه اقامة الطلب على الآخر ، وتراعى فيما للوكيل المذكور من الحقوق وما عليه من الواجبات القواعد المقررة للتوكيل فقط » فكأن نص المادة يحيل الى القواعد العامة (المدنية) ، اذا تعاقد الوكيل باسم الموكل .

ويعاب على هذا الرأى أن المادة ٦٩٩ مدنى تعرف الوكالة العادية بأنها « عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل » فلم تشترط أن يتم التعاقد باسم الموكل . ومن ثم فان تعاقد الوكيل باسمه الشخصى لا يخرج عن تعريف المادة ٦٩٩ مدنى للوكالة العادية . كذلك نجد أن نص المادة ١٠٦ مدنى يتصور حالة تعاقد الوكيل العادى باسمه الشخصى ، اذ تنص على أنه « اذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فان أثر العقد لا يضاف الى الأصيل دائناً أو مديناً الا اذا كان من المفروض

---

(١) من هذا الرأى أستاذنا الدكتور محسن شفيق . المرجع السابق بند ٨٢ وأغلب الفقه الفرنسى : ريبير رقم ٢٣٥٠ ، اسكارا رقم ١٠٥٥ ، لاكور وبوتيرون رقم ٩٣٨

حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب » وتصورها لهذه الحالة فى نطاق التعاقد المدنى يجعلنا لا نملك أن نقطع بأن كل وكيل يتعاقد باسمه الشخصى يكون وكيلا بالعمولة.

٣ — وهناك رأى ثالث يعتد لا بطبيعة العملية ، وانما بطبيعة الأشياء التى يجرى عليها التعامل Nature de l'objet . فاذا كانت هذه الأشياء من البضائع أو المنتجات التى يتعامل فيها التجار أو من الصكوك التجارية كانت الوكالة وكالة بالعمولة ، والا فهى وكالة عادية . فلا عبرة بما اذا كان الوكيل يعمل باسمه أو باسم موكله ، وسواء أكان العمل فى ذاته مدنياً أو تجارياً (١) .

وقد رأينا كيف قطعت محكمة النقض المصرية فى حكمها الذى أصدرته بتفضيل هذا المعيار الأخير (٢) ، فقد اعتبرت البرتقال « بضاعة » مما يتعامل فيه التجار . واعتبرت الوكالة لذلك وكالة بالعمولة « بقطع النظر عن صفة الموكل الذى قد يكون العمل مدنياً أو تجارياً بالنسبة له » ، أى سواء أكان هذا الموكل قد اشترى البرتقال لأجل بيعه أو كان هو الذى زرعه . وحكم محكمة النقض غاية فى الوضوح والتحديد ، وهو لا يترك مجالا للشك فى أنها قد أرادت أن تتخذ من هذا الخلاف موقفاً نهائياً ، وأنها قد قصدت أن تقطع فيه برأى وأن تدفع المحاكم الى الاستقرار على هذا الرأى الأخير .

* * *

على أننا نرجو ألا تستقر المحاكم على اتباع الرأى الذى تبنته محكمة النقض ، وأن يتاح لهذه الأخيرة فرصة أخرى ، فتعيد النظر فى هذا الموقف الذى اتخذته دون أن يبدو فى أسانيده دلائل فحص دقيق . ولا شك لدينا أنها لم تنعم النظر

---

(١) من هذا الرأى الدكتور عبد الحى حجازى «العقود التجارية» ١٩٥ ص ٦٣

(٢) القضاء الفرنسى متردد بين هذه المعايير الثلاثة : أنظر حكم محكمة بواتييه فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيرى١٩٢٨ — ٢ — ٨١ وتعليق جارو ، وحكم محكمة باريس فى٢٨ نوفمبر ١٩٣٢ داللوز ١٩٣٣ — ٢ — ٧٧ ، حكم محكمة الجزائر ٢٤ يوليو سنة ١٩٤٨ فى المجلة الفصلية للقانون التجارى١٩٤٩ ص ٣٦١ وتعليق همار .

فى المذاهب الفقهية الثلاثة التى وجدتها فى الفقه ، فهى لم تحاول أن تنتقد المذهبين الآخرين اللذين رفضتهما ، ولا أن تبين وجه الصواب فى المذهب الذى ثبتته .

وباستعراض هذه الآراء ، والنقد الذى وجهه أنصار كل رأى الى الآراء الأخرى ، نجد أن هناك مقدمة أساسية مفترضة لم يتعرض لها أحد من الفقهاء الذين تناولوا مشكلة معيار التفرقة لا بالتشكيك ولا بالتأكيد ، وانما مرت تحت أقلامهم كما تمر البدهيات التى لا تحتمل النقاش ، وبنوا عليها كل نتائجهم المنطقية دون أدنى قلق .

هذه المقدمة المفترضة ، هى أن الوكالة بالعمولة مرادف للوكالة التجارية ، بينما الوكالة العادية مرادف للوكالة المدنية . ولا يجد الفقهاء غضاضة فى استعمال لفظ « العادية » محل المدنية ، أو فى استعمال لفظ «التجارية» محل الوكالة « بالعمولة » . أى أن الفقهاء — وكذلك محكمة النقض المصرية فى صياغتها للمعيار الذى تبنته — يفترضون أن الوكالة بالعمولة تجارية دائماً ولا تكون الا تجارية ، وأن الوكالة العادية مدنية دائماً ولا تكون الا كذلك . بل ان بعض الفقهاء يعقد مقارنة بين صفات الوكالة بالعمولة والوكالة العادية ، فنجدها مقارنة بين الوكالة التجارية والوكالة المدنية [١] .

وأياً ما كان الرأى فى صحة هذه المقدمة ، فقد كان يجب ألا تفترض ، وأن تعرض على الأقل معرض البحث قبل أن تبنى فوقها المعايير .

وفى رأينا أن هذه المقدمة المفترضة موضع شك كبير . فالحجة الوحيدة التى تستند اليها — ولعلها هى التى أوحت بافتراضها دون بحث — هى أن الوكالة بالعمولة قد نظمها القانون التجارى بينما الوكالة العادية قد وردت فى التقنين المدنى . وهى حجة غير كافية . ليس فقط لأنه يجب ألا نستمد من أغلفة التقنينات عناصر التكييف القانونى لعقد أو تصرف ما ، وانما أيضاً لأنه لا خلاف فى الطبيعة بين العقود المدنية والعقود التجارية ، وانما يكون

(١) أنظر الدكتور عبد الحى حجازى . المرجع السابق ص ٦١

العقد المدنى تجارياً اذا أحاطت به ظروف خاصة ، ولا يمنع من اكتسابه صفة التجارية أن تكون قواعده كلها قد نظمها القانون المدنى . بل ان بعض القواعد المدنية قد لا تجد تطبيقها العملى الا فى ميدان التجارة ، كقواعد التعاقد بين الغائبين ، كما أن عقداً كعقد البيع لا يمكن أن نجهل خطره بين العقود التجارية وشدة التصاقه بجوهر التجارة ، هذا العقد قد نظمه القانون المدنى فى تفصيل طويل . (من المادة ٤١٨ الى المادة ٤٨١ مدنى) بينما لم يرد ذكره فى القانون التجارى الا عرضاً فى باب الافلاس . ونحن عند ما نريد أن نعرف ما اذا كان عقد بيع معين يعد تجارياً أو مدنياً فاننا لا نبحث هل وردت قواعد البيع فى التقنين المدنى أو فى التقنين التجارى ، وانما نسترشد بمعيار الأعمال التجارية ، فنبحث ما اذا كان هذا العقد يعتبر عملا تجارياً أو مدنياً تطبيقاً لهذا المعيار .

والأمر فى عقد الوكالة لا يمكن أن يكون غير ذلك . فعقد الوكالة عقد مدنى يمكن أن يكون عقداً تجارياً اذا توافرت ظروف معينة ، وعند ما تتوافر هذه الظروف ، فانه يصبح تجارياً دون أن تتغير طبيعته ، ودون أن تستبعد قواعده الأساسية الواردة فى القانون المدنى ، وهو لا ينقلب بذلك الى عقد « وكالة بالعمولة » على وجه الحتم ، بل يصح أن يكون هناك عقد وكالة تجارية عادية ، أى وكالة تجارية يتعاقد فيها الوكيل باسم ولحساب موكله .

ومن الناحية الأخرى ، فان عقد الوكالة لا يكون تجارياً لمجرد أن الوكيل يتعاقد باسمه الشخصى كما جاء فى تعريف الوكالة بالعمولة م ٨١ تجارى . فالحياة المدنية لا تجهل هذه الصورة من صور التعاقد . وهى معروفة باسم التعاقد باسم مستعار (prête-nom) ، وقد نظمها وحددت آثارها المادة ١٠٦ من القانون المدنى التى تنص على أن أثر العقد لا يضاف فى هذه الحالة الى الأصيل دائناً أو مديناً ، الا اذا كان المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . هذه الصورة وان كانت غير منتشرة فى المعاملات المدنية الا أنها قد تجد ما يبررها . ولنفرض أننى أردت شراء عقار من شخص أعلم أن علاقتى به سيئة ، وأنه — من قبيل النكاية والعناد — لن يبيعنى هذا العقار

مهما أغليت الثمن . فبديهى أننى لا أحاول أن أتعاقد معه أو أن يتعاقد معه الوكيل باسمى ، وانما أختفى وراء اسم الوكيل الذى يجرى الصفقة باسمه ، ثم ينقل لى آثارها بمقتضى الاتفاق الخاص الذى بينى وبين الوكيل . ولا شأن للقانون التجارى بهذا كله

فكأننا لكى نميز عقد الوكالة بالعمولة عن غيره من عقود الوكالة ، يجب أن نتحقق من أمرين :

الأمر الأول : أن يتعاقد الوكيل باسمه الشخصى لحساب الموكل ، كما يقضى بذلك التعريف الوارد فى المادة ٨١ تجارى لعقد الوكالة بالعمولة ، ووفقاً للعرف الثابت المستقر ، الذى جرى على أن الوكيل بالعمولة يتعاقد دائماً باسمه الشخصى [١] ، ولأن أغلب الفقه متفق على ذلك ، ولأن تعاقد الوكيل باسمه الشخصى هو الذى يجعل له صفة الاستقلال التى تكسبه صفة التاجر والتى تميزه عن غيره من الوسطاء (وعلى الأخص وكيل العقود) ، وأخيراً لأنه لا شك عندنا فى أن النفر القليل من الفقهاء الذى لم يشأ أن يتخذ من تعاقد الوكيل باسمه الشخصى عنصراً مميزاً للوكالة بالعمولة كان يخلط بين الوكالة بالعمولة والوكالة التجارية ، فكان يضع معياراً يضمن تجارية العقد . ولا أدل على ذلك من أن حكم محكمة النقض الذى نحن بصدده يقرر فى مبدئه أنه اذا كان الشئ محل الوكالة من عروض التجارة ... الخ ، اعتبرت وكالة بالعمولة ، « ومن ثم » تسرى عليها أحكام قانون التجارة بقطع النظر عن صفة الموكل .

الأمر الثانى : أن يكون عقد الوكالة بالعمولة تجارياً وفقاً للمعيار العام الذى يميز العقود التجارية عن العقود المدنية .

وفى ذلك تنص م ٢/٢ تجارى على أنه يعتبر تجارياً كل مقاولة تتعلق « بالتجارة بالعمولة » ، فكأن قيام الوكيل بعقد وكالة منفرد باسمه الشخصى

---

(١) لا أدل على التحقيق من وجود هذا العرف من تتبع تاريخ عقد الوكالة بالعمولة . أنظر فى ذلك مقال جيرار سوتل «تاريخ عقد الوكالة بالعمولة حتى التقنين التجارى» من مجموعة مقالات عن عقد الوكالة بالعمولة تحت اشراف العميد هامل ١٩٤٩ ص ٢٧

لا يجعل هذا العقد تجارياً ، وانما يكون عقد الوكالة بالعمولة تجارياً اذا قام به وكيل بالعمولة محترف .

واذا طبقنا نظرية الأعمال التجارية بالتبعية فان عقد الوكالة بالعمولة يكون تجارياً اذا قام به تاجر – حتى ولو لم يكن وكيلا بالعمولة محترفاً – وكان ذلك لحاجات تجارته .

كذلك يكون عقد الوكالة بالعمولة تجارياً اذا كانت العملية المعهود بها الى الوكيل عملية تجارية ، وذلك وفقاً للرأى الذى يكتفى بتطبيق نظرية التبعية الموضوعية (أى التبعية للعمل التجارى) ولا يشترط على وجه الحتم التبعية للحرفة التجارية ، اذ يكفى فى هذا الرأى أن تكون الوكالة تابعة لعمل تجارى لكى تكون تجارية (١) .

ومن الناحية العملية البحتة ، فان الذى يكسب الوكالة بالعمولة صفتها التجارية عادة ، هو احتراف الوكيل بالعمولة .

والخلاصة أننا اذا أردنا أن نجمع العناصر المميزة لعقد الوكالة بالعمولة فانه يجب أن نقول أنه العقد الذى يتعاقد فيه الوكيل باسمه الشخصى لحساب الموكل ، اذا كان هذا الوكيل قد احترف هذا النوع من الوكالة أو كان العقد تجارياً لتبعيته للحرفة التجارية أو لأن موضوعه عمل تجارى .

فاذا لم يتوافر أحد هذه العناصر فاننا نفتقد عقد الوكالة بالعمولة الذى تعرفه المادة ٨١ تجارى .

اذا تعاقد الوكيل باسمه الشخصى ولم يكن العقد تجارياً ، فاننا فى الواقع نكون بصدد التعاقد المدنى باسم مستعار (م ١٠٦ مدنى) .

---

(١) من هذا الرأى هامل ولاجارد بند ١٧٥ ص ٢٠٤ فى مصر الدكتور محمد صالح جزء ١ ص٦٥ وضد هذا الرأى اسكارا بند ١٢٧ ص٨٣وفى مصر الدكتور أكثم الخولى الوسيط جز ١ بند ١٢٥ ص ١٣٨

واذا تعاقد الوكيل باسم الموكل ولحسابه وكان العقد تجارياً ، فاننا نكون بصدد عقد وكالة تجارية عادية mandat commercial وهى تتميز عن الوكالة بالعمولة commission ، ليس فقط بالاسم ، بل هى موضع دراسة خاصة ولها قواعد مستقلة عن عقد الوكالة بالعمولة (١) .

أما اذا تعاقد الوكيل باسم ولحساب موكله وكان العقد مدنياً ، فاننا نكون بصدد الوكالة المدنية العادية ، أى على الطرف الأقصى من الوكاله بالعمولة .

بذلك فقط يستقيم المعيار السليم لتمييز الوكالة بالعمولة عن غيرها من صور الوكالة تمييزاً لا لبس فيه ولا ابهام .

على أنه يجب ألا ننسى مرة أخرى أن هذا التقسيم بين صور الوكالة الأربعة لا يعنى الفصل التام بين الأحكام التى تطبق على كل منها. اذ لا خلاف فى الطبيعة على الاطلاق بين كل هذه الصور ، ولابد أن نضع ذلك موضع الاعتبار عند ما نحاول تفسير واستنباط أحكام عقد الوكالة بالعمولة .

نقول اذن أنه لا خلاف فى الطبيعة بين صور الوكالة الأربعة ؛ لذلك يتعين أن نقوم بتنسيق أحكامها دون أن نحبس أنفسنا بين دفتى التقنين التجارى أو التقنين المدنى ، وانما نرتب النتائج على الأسباب ، مسترشدين بالقواعد العامة فى النيابة ، والقواعد الخاصة للوكالة المدنية أو الوكالة التجارية على حد سواء .

فاذا كانت الوكالة عادية مدنية ، فان النيابة تكون كاملة ، ويترتب على ذلك أن كل ما ينشأ عن العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل (م ١٠٥ مدنى) كذلك تسرى الأحكام الخاصة بالوكالة المدنية .

---

(١) أنظر جان همار «العقود التجارية» الجزء الثانى mandat commercial ص ٥

واذا كانت الوكالة عادية تجارية ، فان النيابة تكون كاملة أيضاً ، فتضاف الحقوق والالتزامات الى الأصيل (م ١٠٥) ولكن العقد يخضع للقواعد التى يستلزمها الجو الخاص بالحرفة التجارية ، والتى تترتب على تجارية العقد .

واذا كانت الوكالة مدنية ، وانما تعاقد الوكيل فيها باسمه الشخصى ، فان الأحكام العامة للوكالة المدنية تسرى ، ولكن أحكام النيابة تتعطل ، فلا تضاف آثار العقد الى الأصيل دائناً أو مديناً (م ١٠٦ مدنى) .

وأخيراً فاذا تعلق الأمر بالوكالة بالعمولة التى نحن بصددها ، فانه يجب أن يراعى فى استنباط أحكامها :

١ — أنه تتعطل أحكام النيابة فلا تنصرف آثار العقد الى الأصيل الا ما استثنى بنص خاص .

٢ — يخضع العقد للقواعد التى تنطبق عامة على العقود التجارية .

٣ — وأخيراً فان العقد يخضع للقواعد الخاصة التى وردت لتنظيمه فى التقنين التجارى (م ٨١ الى ٨٩) ومن بينها ما يتمتع به الوكيل بالعمولة من ضمانات يتميز به عن بقية الوكلاء وهى حق الحبس وحق الامتياز .

* * *

من كل ذلك يتضح بجلاء ، ليس فقط المعيار الذى يميز الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية ، وانما تتضح أيضاً الآثار التى تترتب على هذه التفرقة ، وهى تفرقة غير حادة ولا قاطعة ، وانما هى تفرقة نسبية لصور مختلفة ترجع لأصل واحد . وأخيراً فانه يتبين بجلاء أن معيار التفرقة يرتبط بآثار هذه التفرقة برباط من المنطق القانونى السليم ، وأنه يتفق مع المبادئ القانونية العامة ، وما استقر عليه العرف التجارى وجرى عليه التعامل .

تم بحمد الله ، طبع هذه المجلة ،
بمطبعة جامعة الاسكندرية فى يوم الاثنين
١٨ من رمضان سنة ١٣٧٧ هجرية ،
الموافق ٧ من أبريل سنة ١٩٥٨

علی محمد الهواری
مدير مطبعة جامعة الاسكندرية

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL*

Directeur de la Rédaction : *Dr. HUSSEIN FAHMI*

7ème ANNÉE, 1956 — 1957
(Nos. 1 et 2)

IMP. UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE